



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**“ANÁLISIS ECONÓMICO Y DOGMÁTICO DE LA FACULTAD INTRUSIVA DE
ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN DE LA FISCALÍA NACIONAL
ECONÓMICA EN LA INVESTIGACIÓN DE CARTELES”**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

AUTOR:

Cristóbal Ignacio Méndez Mera

PROFESOR GUÍA:

Nicolás Carrasco Delgado

SANTIAGO DE CHILE

2019

“A mi padre y mis abuelos, porque lo que soy y lo que seré no es más que una proyección de los cimientos que dejaron en mí.

A mi madre, hermana y mi familia, por su apoyo y cariño.

A Tomás, Mao, Sebastián, Ismael y Sergio, por esas largas horas de explicaciones incoherentes, su percepción jurídica, comentarios y amistad.

A Camila, porque su aliento incondicional durante el largo camino que ha recorrido esta investigación no alcanza retribución a través de las palabras.

A Nicolás, por su paciencia, guía, enseñanza y profunda entrega”.

ÍNDICE

RESUMEN	7
CAPÍTULO I. DERECHO PROCESAL: UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	11
A. Objetivos de eficiencia del Derecho Procesal	11
i. El proceso: ¿mecanismo de solución de controversias o mecanismo de adjudicación razonada?	14
ii. Costos asociados al proceso.	16
iii. El problema de la eficiencia procesal.	20
iv. ¿Debido proceso v/s eficiencia?	22
B. Análisis dogmático-económico en el Derecho Procesal de la Libre Competencia.	27
i. Breve mirada al diseño institucional del sistema de Defensa de la Libre Competencia	28
ii. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: diseño único.	33
iii. El procedimiento contencioso de Libre Competencia.	40
iv. Objetivos de eficiencia en el Derecho Procesal de la Libre Competencia.	54
CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL PENAL	63
A. Concepto, finalidad, naturaleza y fundamento de la institución.	63
i. Diligencia de entrada.	65
ii. Diligencia de registro.	66
iii. Diligencia de incautación.	68
B. Regulación en el Código Procesal Penal	70
i. Entrada y registro	71
a) Espacio sobre el que recae la medida de entrada y registro: concepto de lugar cerrado.	71
b) Objeto de la medida de entrada y registro.	76
c) Supuestos de procedencia.	76
c.1) Lugares de libre acceso al público.	77
c.2) Entrada y registro en lugares cerrados.	78

c.2.1) Entrada y registro en lugar cerrado consentido expresamente por el propietario o encargado.	79
c.2.2) Entrada y registro en lugar cerrado sin autorización judicial ni consentimiento expreso.	80
c.2.3) Entrada y registro en lugar cerrado con orden judicial.	82
ii. Incautación, custodia y conservación de objetos y documentos.	86
a) Incautación sin orden judicial.	86
b) Incautación con orden judicial.	87
iii. Retención e incautación de correspondencia.	90
a) Retención e incautación de correspondencia y entrega de copias de comunicaciones.	90
b) Prohibiciones establecidas por el CPP respecto a la incautación de correspondencia.	90
C. La afectación de derechos fundamentales en la investigación.	91
i. Requisito externo o formal.	93
a.1) Justificación Teleológica.	93
a.2) Habilitación legal expresa.	94
a.3) Resolución judicial motivada.	95
ii. Requisito interno o de fondo.	96
b.1) Apariencia antijurídica.	96
b.2) Proporcionalidad en sentido general.	96
b.2.1) Juicio de idoneidad o adecuación.	97
b.2.2) Juicio de necesidad o subsidiaridad.	100
b.2.3) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, prohibición de exceso o ponderación.	102
D. La investigación en el proceso pena: una mirada desde el análisis económico del Derecho.	104
CAPITULO III. LA MEDIDA INTRUSIVA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA: DOGMÁTICA, EFICIENCIA Y NORMATIVIDAD	119
A. Introducción y reforma de la diligencia de entrada, registro e incautación en el DL 211.	119
i. Introducción de las medidas intrusivas al DL 211	120

ii. Objetivos buscados a través de la introducción de las medidas intrusivas.	128
iii. Reforma de las medidas intrusivas en el DL 211: Ley 20.945.	130
iv. Objetivos buscados a través de la reforma de las medidas intrusivas.	134
B. Examen dogmático institucional de la facultad de entrada, registro e incautación en el DL 211.	137
i. Introducción de las medidas intrusivas en el modelo del Derecho de Libre Competencia actual.	137
a) Casos graves y calificados de investigación	139
b) Conductas descritas en el artículo 3 letra a).	140
c) El “Doble filtro” o doble control jurisdiccional.	141
d) Ejecución de la medida.	146
e) Antecedentes precisos y graves.	146
f) Audiencia Única ante la Corte de Apelaciones.	148
g) Prueba Ilícita.	149
1) Cuando la FNE no cumple con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto literal n) del artículo 39 del DL 211.	150
2) Cuando el desempeño o ejercicio de las actuaciones hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley.	150
3) En caso de no cumplir los requisitos previstos para la procedencia de las diligencias intrusivas.	151
4) En caso de que los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades sean utilizados por la FNE en otra investigación, sin que medie una nueva autorización judicial.	151
h) Hallazgo casual.	155
i) Comunicación entre las normas supletorias del Código Procesal Penal y el DL 211.	157
1) Entrada y registro: normas generales.	157
2) Registro e incautación de objetos y documentos que acrediten la existencia de la infracción.	161
ii. Reforma de las medidas intrusivas e introducción de la colusión como tipo penal.	169

C. Jurisprudencia y aplicación práctica en el TDLC.	178
i. Solicitudes de medidas intrusivas.	178
ii. Discusiones relevantes en procesos contenciosos ante el TDLC.	180
a) Devolución de antecedentes incautados.	180
b) Traslado de prueba incautada.	182
c) Forma de acompañar los documentos incautados en el Requerimiento de la FNE	182
d) Contienda de competencias.	183
D. Análisis económico de la facultad de entrada, registro e incautación en el DL 211.	185
CAPÍTULO IV. LEGE FERENDA Y SOLUCIONES ACTUALES.	197
A. Diseño institucional efectivo: ¿se requiere una reforma normativa?	197
i. Modelo administrativo: el caso de la Comisión para el Mercado Financiero	201
a) Regulación de las medidas intrusivas en la normativa que crea la CMF	207
b) Regulación procedimental para la habilitación de las medidas intrusivas en la Ley 21.000	208
ii. Recomendaciones de la “International Competition Network”.	211
iii. Propuesta normativa: distribución y criterios angulares.	218
a) Estatuto de derechos al afectado de medidas intrusivas.	219
1) Ley de bases del procedimiento administrativo.	219
2) Decreto Ley 211.	223
b) Estatuto general de medidas intrusivas.	226
1) Normas generales sobre la entrada y registro.	226
2) Registro e incautación de objetos y documentos que acrediten la existencia de la infracción.	229
3) Normas sobre custodia, conservación y restitución.	232
4) Reglas generales sobre la Audiencia Única.	234
c) Estatuto especial de medidas intrusivas.	235
1) Casos graves y calificados de investigación.	235
2) Conductas descritas en el artículo 3 letra a).	236

3) Doble filtro o control jurisdiccional.	236
4) Ejecución de la medida intrusiva.	236
5) Antecedentes precisos y graves.	237
6) Audiencia Única.	237
7) Prueba ilícita.	238
8) Hallazgo casual.	238
9) Normas supletorias.	239
10) Traslado al proceso penal.	239
B. El modelo codependiente chileno: medidas intrusivas y delación compensada.	239
CONCLUSIONES	251
BIBLIOGRAFÍA	259

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda el estudio de las medidas intrusivas de entrada, registro e incautación de la Fiscalía Nacional Económica en su investigación para desbaratar carteles, a través de dos perspectivas, el Análisis Económico del Derecho y el Derecho Procesal. Este estudio parte desde el escaso análisis sustantivo respecto de la introducción de estas medidas lesivas de derechos fundamentales y propias de la investigación penal en procedimientos administrativos que no provienen del ius puniendi estatal, como lo es el caso de la Fiscalía Nacional Económica o la Comisión para el Mercado Financiero.

Al respecto, es esencial analizar la sistematicidad y coherencia de los cuerpos normativos especiales y supletorios para regular cabalmente estas medidas. Sin embargo, tal aspecto, netamente dogmático, resulta insuficiente para comprender sustantivamente la introducción de dichas herramientas en un proceso que no se estructuró con instituciones lesivas de derechos fundamentales. Por ello, la perspectiva que otorga el Análisis Económico del Derecho en este estudio, lejos de ser justificativa, buscará explicar, a través de herramientas matemáticas como funciones y gráficos, que en aquellos aspectos en que la justicia y el debido proceso otorguen un marco mínimo, la eficiencia puede resultar un criterio fundamental y útil en el Derecho Procesal.

En primer lugar, este trabajo estudiará dicha interacción entre el Análisis Económico del Derecho y el Derecho Procesal, resaltando qué aspectos puede aportar un Análisis Económico en la comprensión del proceso. Para ello, cabe abordar aquella crítica del Análisis Económico del Derecho en virtud de la que un sector importante de la doctrina señala que ésta se encuentra en oposición a la justicia y al debido proceso. Una vez establecidos aquellos aspectos que dotan el marco teórico, resulta esencial distinguir la naturaleza del procedimiento contencioso en libre competencia, la naturaleza de la investigación administrativa de la Fiscalía Nacional Económica, el rol del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y aspectos normativos del Decreto Ley 211 que, estudiados desde

la óptica del Análisis Económico del Derecho Procesal, estructuran principios y aspectos interpretativos de la interacción entre costos del proceso y error judicial, a la luz de los cuáles se pretende comprender el diseño del proceso de libre competencia.

Una vez despejadas las interrogantes sobre el proceso de libre competencia, resulta importante abordar el origen de la institución de las medidas intrusivas de entrada, registro e incautación, esto es, su regulación procesal penal y su diseño constitucional. De esta manera, una vez efectuado un análisis dogmático acabado de dichas diligencias investigativas, será necesario abordar los fines del proceso penal, del delito y la perspectiva propia del Análisis Económico del Derecho Procesal. Así, esta investigación buscará ponderar aspectos sustantivos para dotar de contenido a la institución de las diligencias investigativas en el proceso penal, analizando qué objetivos debe cumplir en el marco de una investigación, considerando tanto proceso como los fines a los que adscribe.

En tercer lugar, y una vez estudiadas las bases dogmáticas y sustantivas de las diligencias de entrada, registro e incautación, se estudiarán aquellas discusiones más relevantes del trámite legislativo de las leyes 20.361 y 20.945 y qué objetivos buscaban cumplir, según la historia de la ley, en el procedimiento contencioso de libre competencia. Posteriormente, esta investigación examinará la institución desde la dogmática, distinguiendo dos momentos legales diversos, uno durante la introducción de dichas diligencias y otro durante su reforma. Dicho estudio será complementado con resoluciones de admisibilidad y aquellos debates atinentes ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Por último, se tendrá a la vista aquellos aspectos sustantivos derivados del estudio de la institución según el enfoque del Análisis Económico del Derecho.

Para concluir, este trabajo, como manifestación del Derecho Procesal, examinará aquellas falencias detectadas durante la investigación, buscando una propuesta de *lege ferenda* que tienda a prevenir potenciales contingencias derivadas de una deficiente técnica legislativa, y reconduzca la institución a los fines propios de la investigación de la Fiscalía Nacional Económica, alejándola del proceso penal. En

concordancia con una propuesta normativa, esta investigación busca reafirmar la importancia de esta institución, explicando que, según el modelo procesal de libre competencia, no es una mera facultad, sino una pieza esencial. Esta conclusión se sustentará en un breve análisis de la aplicación de la teoría de juegos en la delación compensada según su interacción con las medidas intrusivas.

Esta tesis es una investigación documental o bibliográfica. Su objeto de estudio y las fuentes utilizadas son documentos, en un sentido amplio de la palabra. A ello cabrá agregar cierta doctrina internacional y fallos jurisprudenciales atinentes.

CAPÍTULO I. DERECHO PROCESAL: UNA MIRADA DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

A. Objetivos de eficiencia del Derecho Procesal

El Análisis Económico del Derecho es una disciplina que recientemente ha ido encontrando su espacio con autonomía y relevancia, lo que no quiere decir que sea una doctrina reciente. Ideas económicas con raíces legales, que han insertado al vocabulario jurídico conceptos como costos judiciales, política eficiente o simplemente la inserción de legislación con raigambre económica podemos encontrarlo desde autores como Adam Smith o Jeremy Bentham, pero no es hasta el siglo XX en que su tratamiento se ha sistematizado. Esta unión, entre el Derecho y la Economía no es azaroso, sino que se fundamenta en que ambas ramas, como ciencias sociales, estudian el comportamiento humano, el cual tiene como base -hoy en día no absoluta- la racionalidad, es decir, *“la conducta de los sujetos es de alguna manera predecible, y que ellos optan, la mayoría de las veces por aquello que más desean.”*¹

En el Derecho, esta racionalidad se maximiza, tiende al absoluto, toda vez que el análisis económico del Derecho busca obtener consecuencias jurídicas que permitan a los sujetos adaptarse a la regla, como criterio eficiente de asignación de recursos.² Así, un primer objetivo del análisis económico del Derecho, desde su faceta positiva, busca comprender como se afecta el comportamiento del hombre bajo una regla determinada, busca describir la realidad, *“explicar las reglas y los resultados legales tal como son, en lugar de cambiarlos para mejorarlos”*³, siendo, en suma, un análisis ontológico o descriptivo. Por su parte, una segunda faceta, normativa, busca *“analizar cuáles son o pueden ser las consecuencias reales de*

¹ CARRASCO, Nicolás, *Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile*, Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, p. 19

² Véase: COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México DF, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1998, p. 14, en que señalan: *“Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa a la intuición, así como la ciencia rebasa al sentido común”*.

³ POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México DF, Fondo de la Cultura Económica, 1992, p. 28.

las normas jurídicas (ya sean de origen constitucional, legal, administrativo, judicial, privado, etc.), precisar cómo reaccionará la gente frente a una determinada norma y cuáles serán los costes y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción"⁴. De esta manera, es una herramienta deontológica, evalúa las normas jurídicas, buscando que la norma asigne más eficientemente su ámbito de aplicación.

Sin embargo, como punto común, el Análisis Económico del Derecho se nutre del concepto de eficiencia, concepto que no es unívoco. Si bien excede la extensión de este trabajo analizar el debate ontológico respecto del concepto de eficiencia, es posible esbozar las ideas esenciales de cuatro diversas teorías: Coase, Pareto, Kaldor-Hicks y Posner⁵.

En primer lugar, Ronald Coase introduce el análisis económico para la asignación de derechos, donde el problema básico consiste en que en toda decisión jurídica se dañará a un sujeto A o a un sujeto B, de manera que se debe optar por permitir que A dañe a B o que B dañe a A. La respuesta varía en virtud de la existencia de costos de transacción, que son aquellas operaciones que implican descubrir con quien queremos intercambiar, en qué términos, como conducir las negociaciones, como redactar contratos, etc.⁶ Desde este punto, el juez debe buscar reducir los costos de transacción para asignar derechos de una forma eficiente.

Este análisis conlleva implícitamente la idea de los costos de oportunidad, siendo aquello a lo que debo renunciar para conseguir algo. Es decir, presupone un supuesto contra-fáctico en que alternativamente hubiera utilizado el Derecho en mejor manera. Así, al equilibrar los intereses de las partes, genera un balance de las pérdidas producidas por el daño y los costos de prevención, logrando una situación eficiente.

⁴ DOMENECH, Gabriel, *Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho*, Valencia, I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, 2013, p. 105

⁵ Para mayores referencias respecto a los criterios de Pareto, Kaldor-Hicks y Posner, se recomienda: COLEMAN, Jules. *Los fundamentos del bienestar*. En *Revista Derecho y Humanidades*, (n.10), 2004, pp. 17-44.

⁶ COASE, Ronald, El problema del Costo Social. *Revista de Estudios Públicos*, N° 45, 1992, p. 98

El problema principal de esta teoría es que esta solución pragmática de asignación de derechos no contempla el problema humano de la adjudicación, es decir, la libertad de escoger un fundamento moral de la decisión. En este aspecto, Coase pretende tener como fin de la adjudicación a la eficiencia, sin atender al conflicto entre múltiples conceptos de éste, o, desde el punto de vista del órgano de adjudicación, el problema entre justicia o equidad, o, según abordaré, la aparente pugna entre debido proceso y eficiencia, de modo que la elección pareciera envolver un juicio de valor.

Una segunda teoría de la eficiencia viene dada por Vilfredo Pareto, quien comprende la eficiencia según dos subcriterios: Pareto-superior y Pareto-óptimo. Pareto-superior implica que, en una comunidad, se prefiere la situación X a la Y, o, siendo indiferente a las situaciones, se prefiere mínimamente X. A su vez, Pareto-óptimo implica transitar de una situación X a una situación Y sin que al menos una persona sufra un perjuicio. La gran crítica es que las situaciones no eliminan externalidades ni se basan en el consentimiento. Así, señalan los críticos, los individuos de una comunidad pueden actuar sin considerar la utilidad, o si dicha eficiencia social podría incluso perjudicar a algún miembro en beneficio de la comunidad. Esto concluye en un problema que es esencial en la teoría de Coase: en la transición de un estado social a otro existen perjuicios o daños asociados.

En tercer lugar, buscando solucionar el problema que deja Pareto, aparece el criterio Kaldor-Hicks, planteado por Nicholas Kaldor quién señala que un estado de cosas X es eficiente a otro estado de cosas Y, si después de moverse de un estado social Y a un estado X, los ganadores pueden compensar a los perdedores. Este criterio busca superar el problema de Pareto aceptando la idea de Coase de que existe un daño asociado a la decisión, existiendo ganador y perdedor. Esto lo complementa John Hicks señalando que el perdedor puede compensar o pagar al ganador para impedir el movimiento de Y a X si la suma de dinero es menor a la pérdida que se sufre en el paso del estado social Z a X. La principal crítica a esta teoría es conocida como la 'paradoja de Scitovsky' en que se impide una elección debida asignación de derechos al existir eficiencia en las

situaciones X e Y paralelamente, de manera que el criterio es inútil para ponderar las alternativas. Por otro lado, la compensación que se señala sería potencial, no siendo siempre real y posible que los ganadores compensen a los perdedores, ni tampoco siendo por ello consentido por todos los miembros de la comunidad.

Por último, esta teoría es criticada por Richard Posner, quien expresa que la búsqueda de maximización total de la felicidad o la satisfacción en el universo supone empobrecimiento de otros, por lo que se justifica que las personas libremente adhieran a un criterio de elección social que maximice la riqueza. Dicho criterio se denomina '*Maximización del bienestar*'. Así, los derechos son asignados según la persona que le otorgue mayor valor, pues esa persona está dispuesta a desembolsar mayores recursos. De esta manera, el criterio filosófico se mantiene en la autonomía de la voluntad, mientras que el económico es la disminución del costo inicial para permitir una compensación ex post.

Sin abordar extensamente el Análisis Económico del Derecho sustantivo, estudiaremos su aplicación en el Derecho Procesal, y lo que el proceso comprende por eficiencia. Para estos efectos, estudiaremos el concepto de proceso, los costos que trae aparejado cada comprensión del proceso y que es la eficiencia en un sentido procesal. El criterio de análisis económico del Derecho a utilizar es el normativo, pues, al realizar un estudio del Derecho Procesal, el sistema legal chileno no reconoce, en términos generales, la eficiencia como criterio aceptado de la regulación legal ni judicial, con excepción de ciertos subconjuntos normativos.

i. El Proceso: ¿Mecanismo de solución de controversias o Mecanismo de adjudicación razonada?

El proceso puede ser comprendido de dos formas: como un mecanismo de resolución de controversias, esto es, como uno de los medios para solucionar un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica entre partes solucionado por un tercero, o como instrumento de adecuación de una norma a través de lo que se ha denominado como '*adjudicación razonada*'. En este aspecto, cabe destacar que la comprensión doctrinal o jurisprudencial del proceso no mantiene esta definición

como una solución de conflictos sin un proceso de justificación, en base solo a criterios sociales como la justicia o eficiencia -con limitadas excepciones⁷-, sino que asigna derechos o posiciones jurídicas a través de una motivación. Pese a ello, según se opte por mayor o menor justificación, sin llegar a una distinción clara ni muy notoria, podemos comprenderlo como método de resolución de controversias jurídicas o como adjudicación razonada.

La primera acepción, el método de resolución de conflictos, se utiliza para enmarcar al proceso como una de las opciones para obtener una solución a un conflicto de relevancia jurídica, de manera que, en opinión de cierta doctrina, la *“jurisdicción debería quedar reducida a la solución de controversias que no se puedan solucionar por otros mecanismos alternativos, por no ser materia de libre disposición, o cuando los sistemas autocompositivos han fracasado”*⁸. Así, como método heterocompositivo, se caracteriza pues un tercero imparcial, persona individual o colegiada, resolverá el conflicto entre las partes con efecto de cosa juzgada, para lo cual, según esta idea, lo esencial es la solución o cese de la controversia, sacrificando elementos como completitud de información o la excesiva motivación de la resolución, a cambio de una rápida descongestión de carga laboral del Tribunal.

Por otro lado, el concepto del proceso como adjudicación razonada, se refiere, en palabras de Núñez, *“a la corrección de la decisión jurídica, en la cual hay que establecer si la norma prima facie aplicable es adecuada a una situación determinada, para lo que es necesario tener en cuenta todos los datos que caracterizan a esa situación, es decir, la situación de aplicación”*⁹. Así, éste autor señala que *“lo decisivo en la aplicación judicial del derecho no es sólo la aplicación*

⁷ En este sentido, podemos mencionar, desde la justicia aplicado al caso concreto (equidad) a ciertos Tribunales arbitrales, como los constituidos por Árbitros Arbitradores, o, desde la eficiencia a NIC Chile, según señala CARRASCO, Nicolás, *Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile*, Ob. Cit. (n° 1), p. 85.

⁸ SAN CRISTÓBAL, Susana, *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil*, Madrid, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI, 2013, p. 41, [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf> [consultado: 20 febrero 2019]

⁹ NUÑEZ, Raúl, *El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo*, Talca, Revista lus et Praxis, año 14, N° 1, 2008, p.202

de enunciados jurídicos (de fuentes del derecho) como fundamentos o razones para la decisión, sino también las razones dadas a favor de la aplicación de dichos enunciados frente a otros potencialmente aplicables, la determinación de un preciso significado de los mismos frente a otras interpretaciones, la consideración de determinados hechos como probados (alternativamente a las razones a favor de los mismos como no probados) y como encuadrables en una categoría jurídica (y no en otra), así como la elección de una correcta consecuencia jurídica dentro de las alternativas legales.”¹⁰

En este aspecto, según este concepto, el proceso no tiene como único fin solucionar el conflicto, de modo que la argumentación no es simplemente un medio o una mera formalidad legal, sino que, en la labor de determinar la aplicación de una norma al caso concreto, la argumentación y el razonamiento son la consecuencia de la labor jurisdiccional. La riqueza del procedimiento comprendida en este modo es que al encontrar una norma (discurso de fundamentación) que posibilite la aplicación de un determinado caso aparentemente abarcado por esta, es un discurso de adecuación, el razonamiento jurisdiccional, fruto de la labor del juez, la que dará validez a dicha aplicación al caso por sus circunstancias particulares, lo que válida y fundamenta dicha labor.

ii. Costos asociados al proceso.

Una vez mencionadas las dos posibles opciones para la comprensión del proceso, tenemos que el problema asociado a cada concepto tiene relación con costos según el mayor nivel de adjudicación (razonamiento) o la mayor rapidez en la solución de controversias (mecanización del proceso).

Así, la comprensión del proceso como mecanismo de resolución de conflictos jurídicos (que sacrifica, al menos en parte, la motivación) “*tiende indudablemente a una reducción de los costos necesarios para llevar a cabo una adjudicación, disminuyendo gastos de recursos, trámites y de tiempo.*”¹¹ Sin embargo, si bien existe una reducción del costo que podemos denominar ‘*administrativo*’, eleva el

¹⁰ Ibid.

¹¹ Carrasco, Nicolás, *Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar (...)*, Ob. Cit. (n° 1), p.87

factor de incertidumbre que se genera en la sociedad respecto de los criterios de conducta a seguir en las sentencias judiciales, y, asimismo, de confianza en el sistema judicial. Esto tiene un fundamento: mientras más mecanizada sea la administración, el juez, en virtud de la menor inyección de recursos o información, tenderá al '*error judicial*'.

Por otra parte, la comprensión del proceso como adjudicación razonada, importa mayores niveles de costo económico-procesal administrativo, "*lo que significa una pérdida en cuanto costo de oportunidad, al no poder destinar dichos recursos a otros fines que podrían reportar mejores beneficios alternativos*"¹². Sin embargo, esta forma de abordar el proceso satisface expectativas de la sociedad, por cuanto se genera confianza y legitimidad en soluciones de conflictos que no solo tienen este fin, sino que adoptan pautas de conducta a la sociedad que suele uniformarse y encontrarse razonablemente fundadas.

En este sentido, existen dos conceptos de costos que tienen importancia en materia procesal: el costo administrativo y el costo del error judicial.

El costo administrativo comprende "*la suma de los costos para todos los involucrados en el paso por las etapas de una disputa legal, como los costos de la presentación de una reclamación legal, el intercambio de información con la otra parte, la negociación en busca de un arreglo, la litigación y la apelación*"¹³. Este tipo de costo se traduce en: primero, el gasto para poner en funcionamiento la administración de justicia que deben desembolsar el Estado y las partes: abogados, procuradores, receptores judiciales, sueldo y/o honorario de auxiliares de la administración de justicia y jueces; en segundo lugar, el costo de la adquisición e intercambio de información para las partes y terceros, traducido en una fase de investigación y estudio del caso y antecedentes; y, por último, gastos materiales del proceso, que consiste en el gasto de papel, libro, energía, internet, etc. Ahondando aún más en esta enumeración de costos, según señala Mery, aún en la situación improbable de no tener costo monetario, en un hipotético sistema

¹² Ibid.

¹³ COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Ob. Cit. (Nº 2), p. 477

'ad honorem', "*siempre habrá costos no monetarios de ir a juicio, principalmente costos asociados al tiempo*"¹⁴.

El costo del error judicial se ejemplifica si, en el caso de existir un Derecho sustantivo perfecto, "*el sistema procesal (derecho adjetivo, en términos jurídicos) lleva a decisiones incorrectas, por no ajustarse al derecho sustancial, entonces esa relación de costos y beneficios sociales sufrirá distorsiones que se traducen en costos sociales. Ese es el significado de los denominados costos de error*"¹⁵. Así, el error judicial implica detrimentos de utilidad ocasionados por una decisión judicial incorrecta, una situación de ineficiencia.

Desde el diseño o la aplicación de la administración de justicia, tanto el enfoque como los posibles errores judiciales a cometer, dicen relación con dos tipos a distribuir: el error tipo I o falso positivo y el error tipo II o falso negativo. Estos conceptos son tomados desde la estadística, y aluden a:

Error tipo I: se rechaza la hipótesis nula H_0 cuando es verdadera. En este aspecto, la probabilidad va ligada al nivel de significancia asignada a la prueba de hipótesis (α), por ejemplo, 0.25 implica aceptar una probabilidad de 25% de estar equivocado al rechazar H_0 . En el derecho, la hipótesis nula es la sanción de personas inocentes, es decir, se rechaza H_0 (que la persona es inocente), y, por tanto, se condena, cuando la hipótesis es verdadera. De esta manera, mientras más bajo el nivel de significancia, más baja es la tolerancia al error tipo I, y más probable es concluir que el acusado es inocente a riesgo de errar respecto a su culpabilidad.

Error tipo II: no se rechaza la hipótesis nula H_0 cuando es falsa. En este sentido, la probabilidad depende de la potencia de la prueba (β), de que tan detallada y que tan importante es la muestra para que el investigador pueda detectarla. Desde el derecho, a su vez, se acepta la hipótesis nula H_0 (que la persona es inocente)

¹⁴ MERY, Rafael, *Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, p.5

¹⁵ ACCIARI, Hugo, BARBERO, Andrea, CASTELLANO, Andrea, *Tasa de interés judicial y costos sociales de los juicios por daños: un modelo de incentivos para la demora*, Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, 2002, p.3

cuando la hipótesis era falsa, y, por tanto, se absuelve erróneamente a una persona culpable. En tal caso, a mayor aumento de la potencia de la prueba, es decir, el aumento del tamaño muestral y la disminución de la desviación de la muestra, menor es la tolerancia al error tipo II, y más probable concluir que el acusado es correctamente culpable.

Cuadro N° I: Relación entre los tipos de error judicial.

Decisión basada en la muestra	H_0 (persona inocente) es verdadera	H_0 (persona inocente) es falsa
No rechazar H_0	Decisión correcta, probabilidad de un 75% ($1 - \alpha$)	Error tipo II: no rechazar H_0 cuando es falsa (probabilidad = β)
Rechazar H_0	Error tipo I: rechazar H_0 cuando es verdadera, probabilidad de 25% (probabilidad = α)	Decisión correcta (probabilidad = $1 - \beta$)

La relación entre ambos tipos de error está dada por la significancia de la prueba de hipótesis (α) y por la potencia de la prueba (β), elementos que, en el Derecho, se relacionan con el estándar probatorio, aquel umbral establecido por el legislador que determinada cuando la proposición se encuentra o no acreditada. De esta manera, un estándar probatorio más alto (como el penal, que exige que para acreditar una aseveración '*sujeto es culpable*' la potencia de la prueba rendida β sea suficiente para sobrepasar el umbral α '*más allá de toda duda razonable*') trae aparejado un mayor costo administrativo, al requerir mayor prueba, de manera que reduce el error tipo I, pero aumenta la posibilidad de error tipo II. A su vez, un estándar probatorio más bajo (como el civil, que exige para acreditar una aseveración '*sujeto es culpable/deudor*' la prueba rendida β sea suficiente para sobrepasar el umbral α '*preponderancia de prueba*') trae aparejado un menor costo administrativo, al requerir menos prueba, reduciendo el error tipo II, pero aumentando el error tipo I. Como vemos, es una relación inversa, a mayor

reducción de error tipo I, aumenta el error tipo II, por lo que el estándar probatorio distribuye dichos riesgos en el proceso, distribución que no es aleatoria, sino que responde a las consideraciones de qué es más grave o costoso de cometer para el diseño legislativo en particular.

iii. El problema de la eficiencia Procesal

El problema de la eficiencia procesal es tratado por Cooter y Ulen, quienes señalan que “*Nuestra medida más simple de los costos sociales, denotados por CS, combina los costos administrativos, denotados por c_a y los costos de los errores, denotados por $c(e)$. Suponemos que el objetivo económico del derecho procesal es minimizar la suma de los costos administrativos y los costos de los errores:*

$$\text{Min } CS = c_a + c(e)^{16}$$

Como podemos ver, el problema de la eficiencia en el proceso es dual, y, según la teoría clásica, corresponde a un problema de minimización de costo social por medio de reducir al máximo los costos administrativos y de error judicial, respondiendo jurídicamente a quienes requieren administración de justicia.

Al exponer los costos del Derecho Procesal, se evidencia una relación inversa entre los costos administrativos y el error judicial. En este aspecto, Carrasco señala que “*ante cada aumento en los costos administrativos que tiendan a la corrección de errores (p. ej., mejores mecanismos probatorios o mayores plazos para rendir prueba o para dictar sentencia) se produce una disminución en los costos del error. Se trata pues de una función decreciente*”¹⁷. Así también lo reconocen Cooter y Ulen, pues “*a medida que mejora la información, los tribunales cometen menos errores.*”¹⁸ Por tanto, nos encontramos en un escenario de comparación de dos estados sociales, en que “*será preferible el estado social que*

¹⁶ COOTER, Robert, ULEN, *Derecho y Economía*, Ob. Cit. (N° 2), p. 477

¹⁷ CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia N° 32, 2017, p. 447. [En Línea] <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.15> [Consultado: 5 de marzo 2019].

¹⁸ COOTER, Robert, ULEN, *Derecho y Economía*, Ob. Cit. (N° 2) p. 477

produzca la máxima reducción del costo social que impone el proceso; como, asimismo, el estado social que produzca el mínimo costo de error judicial."¹⁹

La posición clásica nos señala que el óptimo del costo social se logra por medio de la reducción del costo de administración y a la vez del costo del error judicial, en virtud de una función de minimización ya expresada. Sin embargo, esto evidencia un problema: a la hora de corregir los errores judiciales en el marco de un proceso jurisdiccional, se debe incrementar los niveles de información y mejorar determinados mecanismos que reduzcan los errores judiciales, lo que en cualquier caso implicaría un aumento del costo administrativo, mientras que, por su parte, en búsqueda de disminuir dichos costos administrativos, relativizamos los niveles de información por la rapidez en la toma de decisiones, lo cual incrementa el error judicial. En tal escenario, ¿es realmente posible una función de minimización de los costos del error judicial y administración?, o, desde el punto de vista económico, ¿es eficiente?

En este aspecto, en este trabajo seguiré la posición de Carrasco, quién, reconociendo claramente la premisa en la relación inversa entre costos procesales y costos del error judicial, señala que "*la función de costos adecuada para tratar los objetivos del Análisis Económico del Derecho Procesal no corresponde a una función de minimización, sino a una función de óptimo.*"²⁰ En este aspecto, se señala que la ecuación de óptimo implica considerar los costos marginales de la inversión en la corrección del sistema y beneficios marginales que reporta en la reducción de costo del error, de modo que coexistan en equilibrio, por lo que la adición en un factor disminuirá el otro. Así, la fórmula de óptimo que expresa Carrasco es:

$$\text{Ópt. EDp} = \text{BMRE} = \text{CMRE}^{21}$$

La razón de considerar un óptimo, es que, si bien el punto de igualar costos marginales y beneficios marginales es representable en una función de

¹⁹ CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, Ob. Cit. (N° 17), p. 446

²⁰ *Ibid.*, p. 448

²¹ *Ibid.*, p.450, donde Ópt.EDp es óptimo de eficiencia del derecho procesal, BMRE es beneficio marginal de la reducción del error y CMRE es costo marginal de la reducción del error.

minimización, el costo del error judicial no se puede eliminar como externalidad de manera económicamente viable, de manera que a medida que el costo marginal de la corrección del error judicial aumenta, implicando mayor inversión administrativa, pasado el punto óptimo, el beneficio marginal obtenido va mermando. Así, llegar hipotéticamente a un 100% de reducción del error judicial, implica un costo pírrico, esto es, extremadamente caro con relación al beneficio, no resultando eficiente.

iv. ¿Debido Proceso v/s eficiencia?

Considerando la búsqueda de un óptimo que reduzca el error judicial, se pretende evitar pérdidas sociales por una incorrecta aplicación de normas, sin embargo, como quién administra justicia es el Estado, y siguiendo la tesis de Carrasco y Núñez de que la administración de justicia es un bien público²², los costos de administración deben ser financiadas por las rentas generales y el presupuesto público, de modo que, por consiguiente, se buscará la reducción de los gastos que no afecten las exigencias del debido proceso. De esta manera, desde la perspectiva económica, el debido proceso constituye aparentemente, a la hora de analizar el Derecho Procesal y buscar la eficiencia, un problema, pues *“En forma intuitiva, podemos considerar que el respeto a las garantías del debido proceso significa de manera necesaria efectuar gastos que tiendan a dar cumplimiento a sus requerimientos, sin consideración a la búsqueda de algún objetivo de eficiencia, como podría ser la reducción de los costos del proceso”*²³. Así lo

²² En este aspecto, si bien es controvertido tradicionalmente que la administración de justicia, o, el producto de los Tribunales de justicia sea un bien público por razones que exceden este trabajo (PEÑA, Carlos, VARGAS, Juan Enrique, y CORREA, Jorge. El rol del Estado y el Mercado en la Justicia. Cuadernos de Análisis Jurídico. N ° 42. Universidad Diego Portales. Santiago, 2001), seguimos la tesis en que la administración de justicia es un bien público, sea, en sentido positivo, porque los tribunales de justicia en un Estado ‘perfeccionista’ buscan concretizar una justicia correctiva o porque es un servicio inagotable desde su provisión, o, en sentido negativo y rechazando la tesis contraria, porque no existe rivalidad por acceder a la justicia (principio de inexcusabilidad) ni existe posibilidad de exclusión de consumidores, puesto que atentaría contra el acceso a la justicia. Para más información, se recomienda ver: NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás. *Análisis Económico De La Administración De Justicia: ¿La Justicia Como Bien Público O Privado?* Revista chilena de derecho, vol.42, n.2, 2015, pp.595-613. [En Línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200009> [Consultado: 10 marzo de 2019].

²³ Carrasco, Nicolás, *Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar (...)*, Ob. Cit., (n°1), p. 91

manifiestan autores como Roemer²⁴ o Mitchell Polinsky²⁵, señalando que existe oposición entre eficiencia y justicia, pues, simplificando las consideraciones, ahorrar recursos (en función de minimización social de costos procesales) afecta la pretensión de justicia.

Para ahondar más en esta problemática, es necesario estudiar el sustento del debido proceso. Este concepto genera reglas transversales en el derecho procesal. En este sentido, se señala que “*La adjetivación del proceso como debido permite que su devenir se eleve a derecho fundamental. Dicha calificación hace del proceso —género— una actividad ordenada en y hacia la justicia —en tanto que debido—.*”²⁶ De esta manera, el proceso, como actividad ordenada, requiere respeto de los derechos fundamentales, por lo que la consagración del debido proceso “*se trata de un resguardo jurídico que debe proveer todo Estado de Derecho para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia y el ejercicio democrático del poder.*”²⁷ En suma, el debido proceso no solo opera como derecho fundamental de acceso a la justicia, sino también como garantía y límite al respeto de cualquier derecho exigible en el proceso en un Estado de Derecho.

En Chile, la consagración de esta garantía se encuentra en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que en su inciso quinto señala que ‘*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*’. Este inciso se caracteriza por presentar una ‘textura abierta’, por lo que, entre otros elementos, no señala que garantías se encuentran comprendidas en ésta (así, si bien no las visibiliza, tampoco las limita), no encauza el debido proceso solo en los

²⁴ Para más información, véase ROEMER, Andrés, *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de la Cultura Económica, 1994, pp. 35-40.

²⁵ Para más información, véase: POLINSKI, Mitchell. *Introducción al análisis económico del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1985, pp. 19-22.

²⁶ PRIETO, Carlos, *El proceso y el debido proceso*, Madrid, Pontificia Universidad Javeriana, 2003, p. 816

²⁷ FERRER, Francisco, *El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Palermo, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, N° 14, 2015, p. 161

Tribunales de Justicia, sino que a ‘*órganos que ejerzan jurisdicción*’ (de manera que es la función lo que hace al órgano jurisdiccional, y no viceversa) y señala que al legislador le corresponde establecer garantías de este procedimiento e investigación ‘racional y justo’. De esta forma, lo que el constituyente buscaba era evolución, “*Sin embargo, tan clara como la intención de que el contenido del “procedimiento racional y justo” fuera objeto de un desarrollo posterior de la jurisprudencia, fue la decisión de que ese desarrollo no se hiciera a través de un proceso de creación de reglas al modo de la jurisprudencia norteamericana, sino a través del control de reglas creada legalmente*”²⁸. De ahí la importancia a la expresión ‘*proceso previo legalmente tramitado*’. De esto se comprende que “*la Constitución exigiría tres condiciones copulativas para satisfacer el núcleo del debido proceso: tramitación legal, racionalidad sustantiva y justicia*”²⁹.

Respecto del alcance de las garantías del debido proceso, Carrasco agrupa tres categorías, sin extenderse en una enumeración de cada una: “*(i) las condiciones del órgano adjudicador; (ii) las condiciones del procedimiento, y (iii) las prerrogativas del sujeto que se ve expuesto al proceso.*”³⁰ En este sentido, y respectivamente según categoría, primero se encuentran aquellas que se relacionan al órgano que ejerce jurisdicción, debiendo ser un órgano competente³¹, imparcial³², independiente³³ y establecido con anterioridad a los

²⁸ LÓPEZ, Julián, *Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas*. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Santiago, Universidad Austral de Chile, Editorial LexisNexis, 2006, p.191

²⁹ NÚÑEZ, Raúl, *Libre Competencia y Debido Proceso*, 2012. En: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Reflexiones sobre el derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 – 2017)*, Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2017, p. 243.

³⁰ CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, Ob. Cit. (N° 17), p.454.

³¹ Art. 108 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante COT): ‘*La Competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones*’.

³² Art. 194 del COT: ‘*Los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por implicancia o por recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales.*’

³³ La independencia se comprende en 3 formas: Independencia funcional, según el art. 76 inciso I de la Constitución Política de la República (en adelante CPR): ‘*La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*’. Así también el art. 1 del COT;

hechos³⁴. Segundo, las garantías del procedimiento son relativas a un juicio único³⁵, público³⁶ y sin dilaciones³⁷, transparente, serio y eficaz. En tercer y último lugar, se radican las garantías del derecho a defensa³⁸, asistencia letrada, bilateralidad de la audiencia³⁹, entre otros.

Señalado lo anterior, ¿cuál es la relación del debido proceso en el concepto de eficiencia para efectos del análisis económico del Derecho Procesal? Respecto al tercer conjunto o criterio de garantías, se establecen las prerrogativas del sujeto sometido al procedimiento: derecho a la prueba, derecho a defensa, derecho a un contradictorio (y con ello, la necesidad de notificación efectiva), derecho a igualdad en el tratamiento de partes, etc., develando la imposibilidad (al menos, jurídicamente), dentro de la función de minimización de costos sociales, de reducir hasta cero los costos administrativos del proceso. De esta manera, el concepto de proceso en un Estado de Derecho que contemple una consagración del debido proceso no se cuadra con aquella definición en que éste solo busca resolver

independencia orgánica: art. 12 del COT: *'El poder judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones'*; y, por último, independencia personal, en el art. 81 de la CPR *'Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley'*.

³⁴ Art. 19 N° 3 inciso cuarto de la CPR: *'Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por esta con anterioridad a la perpetración de hecho'*. En materia penal, se encuentra establecido en el artículo 2 del Código Procesal Penal.

³⁵ Art. 73 inciso primero, segunda parte final de la CPR: *'Ni el Presidente de la República, ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos'* (El subrayado es mío). En materia penal, art. 1 inciso segundo CPP: *'La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho'*.

³⁶ Art. 9 del COT: *'Los actos de los tribunales son públicos, salvo por las excepciones expresamente establecidas por la ley'*. En materia penal, el artículo 289 inciso I del CPP señala: *'Publicidad de la audiencia del juicio oral. La audiencia del juicio oral será pública (...)'*, señalando a continuación las excepciones.

³⁷ Art. 77 de la CPR: *'Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la república'*. En materia penal, el art. 282 del CPP: *'Continuidad del juicio oral. La audiencia del juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Constituirán, para estos efectos, sesiones sucesivas, aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal'*.

³⁸ Art. 19 N° 3 de la CPR: *'Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida.'*

³⁹ Art. 19 N° 3 de la CPR: *'La igual protección en el ejercicio de los derechos'*.

conflictos, sino que corresponde a aquella que la contempla como una serie de actos coordinados, sistematizados y ordenados que, para producir el efecto querido por las partes, es decir, la resolución del conflicto, debe encontrar una solución con aquel discurso de fundamentación y adecuación que dote a la solución y la función jurisdiccional de legitimidad dentro un marco racional y justo. Así, “no sería legítima, una sentencia, dictada en el más breve plazo, si con ello no se permite el derecho de defensa, y el debido acceso a la justicia.”⁴⁰

Este análisis hace evidente nuevamente la pregunta de si el debido proceso es incompatible con la eficiencia. A priori, podríamos intentar encontrar una solución utilizando el análisis económico del derecho positivo, señalando que la eficiencia es buscada por el legislador, por lo que debe preferirse al debido proceso, en expresiones como la del artículo 77 de la Constitución Política de la República al señalar que ‘Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la **pronta y cumplida administración de justicia** en todo el territorio de la república’ (el destacado es mío), o en la expresión ‘**plazo razonable**’, que utiliza, por ejemplo, el artículo 394 del Código de Procedimiento Civil (respecto a la confesión) que construye, junto a otras normas, el principio de celeridad procesal, pero lo cierto es que tanto el constituyente como el legislador lo desarrollan “con prescindencia de los aportes del análisis económico del derecho, y buscan la obtención de procesos justos, más que procesos eficientes”⁴¹. Por ello, la solución no se encuentra en el análisis económico del derecho positivo. La conclusión implica aceptar que “Las reglas procesales imponen así ciertas restricciones a la toma de decisiones por parte del tribunal que no serían respetadas por los apostadores profesiones (...) Más bien, el tribunal decide si los hechos admitidos por las reglas del procedimiento legal apoyan la reclamación”.⁴² No es una premisa siempre aceptada que las decisiones económicas sean la principal prioridad del Tribunal, y en la práctica, no lo son sin una base procedimental y legal.

⁴⁰ Carrasco, Nicolás, *Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar (...)*, Ob. Cit. (n° 1), p.100

⁴¹ Ibid., p. 102

⁴² COOTER, Robert, ULEN, *Derecho y Economía*, Ob. Cit. (N° 2), p. 528.

La respuesta, que va más allá de intentar encajar el concepto de eficiencia en la mirada del legislador, la entrega el análisis económico del derecho normativo, por lo que, comprendiendo al debido proceso en función del óptimo, más que en función de minimizar la tasa de error judicial y el costo administrativo, entrega el imperativo de respetar las reglas del debido proceso, resguardando y protegiendo cualquier reducción o aumento de costos que sobrepasen los límites entre garantías, como lo serían, por ejemplo, la celeridad procesal y el derecho a la prueba. Esto es reconocido por Cooter y Ulen, que señalan que *“Las reglas del procedimiento a veces contradicen a las reglas económicas de la toma de decisiones en incertidumbre, pero existen amplias áreas de acuerdo. Por ejemplo, puede argüirse que si las reglas procesales imponen restricciones a los tribunales, dentro de estas fronteras razonan los jurados y los jueces como personas que toman decisiones económicas racionales.”*⁴³ Esta idea también es seguida por Carrasco, quién señala que *“las exigencias del debido proceso deben ser resguardadas cualquiera que sea el nivel de gasto público en cuestión (...) así como cualquiera que sea el gasto total involucrado”*⁴⁴.

Por ende, ante la pugna entre debido proceso y la eficiencia procesal, prevalecerá el debido proceso. Solo de tal forma, la acepción de Cooter y Ulen es clara al señalar que *“Las reglas procesales prescriben en un marco cuya justificación no es necesariamente económica, pero dentro de ese marco puede operar la lógica económica”*⁴⁵. Cualquier óptimo procesal resguarda y opera siempre tras las garantías del debido proceso, que es la base de todo análisis económico del Derecho.

B. Análisis económico en el Derecho Procesal de la Competencia.

El análisis económico del Derecho, y en particular la eficiencia como factor judicial, es posible de aplicar en subconjuntos normativos y procesales determinados⁴⁶, de

⁴³ Ibid.

⁴⁴ CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, Ob. Cit. (N° 17), p. 465

⁴⁵ COOTER, Robert, ULEN, *Derecho y Economía*, Ob. Cit. (N° 2), p. 528.

⁴⁶ CARRASCO, Nicolás, *El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargas informativas: una mirada desde el análisis económico del derecho*, Santiago, revista chilena

manera tal que, a falta de la especificación de la eficiencia, “*esta adquiere contenido conceptual por medio del criterio Kaldor-Hicks*”⁴⁷.

Para estos efectos, es importante comprender como el cuerpo normativo considera mayores o menores garantías, otorgando mayor valor a la adjudicación razonada y, asimismo, otorgando mayores garantías a ser respetadas por el debido proceso, o, por el contrario, da un mayor espacio en función de optimizar costos administrativos y error judicial.

Respecto al análisis económico del derecho de la Libre Competencia, el sistema chileno es particular en cuanto a su diseño, y único en el mundo, por lo que previo a un análisis económico procesal, es importante detenerse en ciertos aspectos institucionales y normativos fundamentales.

i. Breve mirada al diseño institucional del sistema de Defensa de la Libre Competencia.

El actual sistema de defensa de la libre competencia es una construcción única en Chile. La legislación data de 1973 con la promulgación del Decreto Ley N° 211 (en adelante DL 211), que tiene la particularidad de manifestar como bien jurídico la promoción y defensa de la libre competencia de los mercados, por lo que, diferencia de otros sistemas que centran su atención en la protección a los consumidores, mantiene “*una marcada orientación hacia la eficiencia total en los mercados*”⁴⁸, siendo la defensa de los consumidores más bien una consecuencia. Más allá de ser una hipótesis, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante TDLC) se ha manifestado así, señalando⁴⁹ que “*es función de este Tribunal, al sancionar las prácticas restrictivas de la libre competencia, intentar mantener las condiciones mediante las cuales el libre mercado obliga a las empresas con poder de mercado a restringir los precios, de tal manera de que*

de derecho, vol. 44 N° 1, 2017 [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100009> [Consultado: 10 marzo de 2019]

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ IRARRAZABAL, Felipe, *El sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia*, Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2010, p. 1. [En línea] http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/OTRO_0001_2010.pdf. [Consultado: 10 marzo de 2019]

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 93-2010, causa Rol C-183-2008, caratulada “*FNE contra Empresa eléctrica Atacama S.A.*”, considerando Trigésimo Primero.

cobren un precio lo más cercano posible al competitivo e inducir a la ***producción óptima*** (el destacado es mío). Así también, la E. Corte Suprema señala que “*el Decreto Ley N° 211 tiene un carácter económico y que, entre sus objetivos, se encuentra la regulación y cautela de la libre competencia*”⁵⁰

Una segunda nota característica de este sistema es la tipificación del ilícito anticompetitivo, el cual incluye incluso una infracción de peligro abstracto, en el artículo 3 del DL 211, expresando así que ‘*(...) cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos (...)*’. De tal manera, no solo no requiere que se causen efectos para poder sancionar, sino que además es posible interponer medidas preventivas, correctivas o prohibitivas respecto de hechos, actos o convenciones que tienda a atentar contra la libre competencia. De este modo, no solo es amplio el tipo anticompetitivo, sino, además, las posibles acciones del TDLC, que, adelantando ciertas ideas, no solo tiene un carácter sancionador, sino también de prevención, actuando en corrección de conductas indeseadas en sentido amplio.

Respecto a la colusión, este ilícito se consagra en el artículo 3 letra a) del DL 211, de manera que se distingue entre dos tipos de carteles colusivos: el cartel duro (*hard core cartel*) y el cartel blando.

En cuanto al cartel duro, se encuentra en la primera parte del artículo 3 letra a) del DL 211, siendo hecho, acto o convención que impide, restringe o entorpece la libre competencia ‘*Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación*’. De su lectura, podemos concluir que la reforma al DL 211 efectuada por la Ley 20.945 elimina el requisito del poder de mercado, de modo que dicha norma busca disminuir costos administrativos en la investigación de carteles, por cuanto ya no requiere un exhaustivo análisis del mercado relevante ni los efectos anticompetitivos generados por el agente económico investigado, lo

⁵⁰ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, causa Rol N° 73.923-2016, caratulado *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A y otros*, considerando Segundo.

que, a su vez, restringe las posibles defensas (excepciones tanto dilatorias, de inaptitud del libelo, generalmente presentadas para estos efectos contra la FNE o el demandante, como perentorias, respecto de la falta de efectos reales en el mercado generados por el acuerdo) del demandado. Esta regla, denominada *per se*, genera, desde el punto de vista económico, objetivos de eficiencia. No solo reduce los costos administrativos, sino que, además, “*entrega una clara señal a los actores económicos sobre qué conductas no pueden realizarse*”⁵¹, ello puesto que cualquier análisis prescinde de los efectos o circunstancias propios del caso, entregando así genéricas pautas de conducta. Otro elemento interesante respecto de este tipo de carteles es que su tipificación señala con precisión los efectos que son objeto del acuerdo colusivo, siendo así: i.- fijar precios de venta o de compra; ii.- limitar la producción; iii.- asignarse zonas o cuotas de mercado; iv.- afectar el resultado de procesos de licitación. De esta manera, se busca reducir a un número concreto de infracciones que son consideradas por el legislador como graves por sus nocivos efectos en la sociedad.

Luego, el cartel blando se consagra en la segunda parte del artículo 3 letra a) del DL 211, señalando como tal ‘*los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores*’. Este tipo de cartel mantiene sus exigencias respecto del poder de mercado, de manera que consisten, por regla general, en todo tipo de cartel que tenga por objeto de determinar condiciones de mercado o excluir potenciales competidores, el que será sancionado siempre y cuando los acuerdos o prácticas concertadas que hubieren celebrado confieran dicho poder de mercado.

Una tercera nota que caracteriza el diseño de defensa de la libre competencia en Chile es una ausencia de estándar probatorio en el procedimiento contencioso. Si bien el DL 211 señala en su artículo 22 inciso final que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia debe apreciar la prueba rendida según las reglas de la sana

⁵¹ GRUNBERG, Jorge, MONTT, Santiago, *La prueba de la colusión*, 2011, En: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, *Reflexiones sobre el derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 – 2017)*, Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2017, p.322

crítica, no señala bajo que umbral el tribunal debe comprender como probada la aseveración del demandante. Este estándar probatorio ha sido dotado de contenido por la jurisprudencia en virtud del estándar correspondiente a los procedimientos de naturaleza administrativo sancionador, de *'prueba clara y convincente'*, un estándar intermedio entre el penal, *'más allá de toda duda razonable'*, y el civil, de *'balance de probabilidades'*. En el apartado iii de este subcapítulo analizaré brevemente el tratamiento histórico de la jurisprudencia y el debate doctrinal que genera.

Una cuarta nota característica lo entrega el actual diseño institucional. Aprobada el 14 de noviembre de 2003, la Ley N° 19.911 reemplaza las Comisiones (Comisión resolutive y comisiones preventivas) por el actual Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, naciendo así un sistema dual, *"con una agencia de competencia, la FNE, a cargo de investigar y fiscalizar, y un órgano sancionador independiente con facultades jurisdiccionales"*⁵².

A grandes rasgos, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante FNE) es una institución que opera en función del resguardo de la libre competencia de los mercados, en la esfera de sus atribuciones, siendo un servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independientes de todo organismo o servicio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, según nos señala el artículo 2 y 33 del DL 211. El inciso segundo del art. 33 del DL 211 nos señala que la FNE tendrá su sede en Santiago y que el funcionario a cargo es el Fiscal Nacional Económico.

A partir de la modificación que introdujo la Ley 20.361 de julio de 2009, la FNE incrementó sus herramientas para el combate de carteles, dentro de lo cual se añadieron dos insignes instituciones: las medidas intrusivas y el sistema de delación compensada. Las medidas intrusivas *"se detallan en el Art.39 n), básicamente se refieren a la de entrada y registro a recintos públicos y privados,*

⁵² IRARRAZABAL, Felipe, *El sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia*, Ob. Cit. (n° 48), p.3

*con facultades de allanamiento y descerrajamiento, interceptación de toda clase de comunicaciones, incautación de cualquier medio de acreditación de la infracción, y la obtención de copias y registros de comunicaciones transmitidas o recibidas por empresas de telecomunicaciones*⁵³, mientras que la delación compensada faculta al “Fiscal Nacional Económico a ofrecer una exención o reducción parcial de las sanciones que el TDLC determine para el delito de colusión, a aquel ejecutor de la conducta que sea el primero en aportar antecedentes a la FNE, dentro del grupo de responsables de la conducta imputada, o a otros ejecutores de ese grupo que aporten antecedentes adicionales en el transcurso de la investigación”⁵⁴.

Estas facultades otorgadas a la FNE han generado que, en los casos de colusión, el ‘enforcement’ público tenga mayor éxito que el privado (quién no las posee). Esta aseveración ha sido objeto de estudio por el profesor Pardow, quién señala⁵⁵ que si bien la FNE tiene ventajas comparativas en juicios de colusión en virtud que el costo de agencia (esto es, la relación entre el agente, quién toma decisiones, y el principal, quién soporta los riesgos de las decisiones) está soportada por una estructura burocrática financiada por el Estado, mientras que el daño se dispersa entre muchos consumidores (quienes no se organizarían y no podrían soportar fácilmente los costos de agencia), no obtendría el mismo éxito en juicios de abuso de posición dominante, donde el número de partes se reduce, y el costo de agencia es más fácil de organizar y soportar. En este sentido, corresponde agregar que, además de la relación de agencia, la FNE cuenta con estas poderosas herramientas que aumentan la posibilidad de éxito, y su interrelación es vital a la hora de generar incentivos en la conducta del ilícito de colusión, premisa que será analizada en el capítulo IV. Por el contrario, dichas herramientas no tendrían el mismo éxito en otro tipo de ilícitos como el de abuso, por lo que la iniciativa privada es una forma efectiva de solución.

⁵³ Ibid., p.7

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ PARDOW, Diego, “El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?”, Coquimbo, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 22, n° 2, 2015, [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200014>. [Consultado 15 marzo 2019]

ii. El Tribunal de Defensa de Libre Competencia: diseño único.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es en sí misma una nota característica única en los sistemas internacionales respecto al derecho de la competencia. De esta manera, se produce un cambio radical frente a las antiguas Comisiones Preventivas (órganos administrativos) y Resolutiva (órgano jurisdiccional), que recibían apoyo de la FNE, funcionando así de una manera más integrada y dependiente del ejecutivo. Hoy, el TDLC es un órgano jurisdiccional, existe un procedimiento contencioso y judicializado para conocer infracciones a la libre competencia, siendo un tribunal técnico, y dentro de la estructura del poder judicial, especial⁵⁶ e independiente, que tiene como superior jerárquico a la E. Corte Suprema, quién puede conocer del recurso de revisión. Sin embargo, el TDLC no solo cuenta con competencias jurisdiccionales respecto del procedimiento contencioso, sino también, y ahí su especial rareza, tiene facultades administrativas de regulación de comercio⁵⁷. Así, con la Ley 19.911, que crea el TDLC, *“conllevó no sólo a otorgarle un carácter prevalentemente jurisdiccional a esta nueva institución, sino que también el traspaso de las funciones que tenían las comisiones preventivas al TDLC”*⁵⁸. De esta forma, el TDLC *“es así un tribunal especial, una verdadera rareza en términos institucionales. Primero, y lo más importante, por ser un ente jurisdiccional regulador del comercio (artículo 18 N° 1 del DL 211); y segundo, por ser un ente jurisdiccional dotado de una serie de*

⁵⁶ Art. 5 COT inciso 4°: *‘Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que las establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código’*. Cabe agregar el artículo 5 del DL 211, que señala que: *‘El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia’*.

⁵⁷ Véase MONTT, Santiago, *El tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas*. Santiago, Documento de Trabajo Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile, 2010.

⁵⁸ FUENZALIDA, Pablo, VALDERRAMA, Mario, *La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿jurisdiccional o administrativa?*, Santiago, Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 13, p. 182.

*potestades administrativas propias de un órgano administrativo (artículo 18 N°s 2 a 5 del DL 211)*⁵⁹.

De esta forma, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en Chile mantiene funciones híbridas: jurisdiccionales y administrativas, y como tal, parecieran llegar a ser incluso opuestas. Para Montt, *“lo que hace el DL 211 al entregar la resolución de casos al TDLC conforme a una norma tan abierta como el Artículo 3, es crear un ente regulador de carácter jurisdiccional. (...) se encarga a un tribunal (o a la administración) la aplicación de una norma legal abierta, lo que se hace en realidad es delegarle poder para que regule conforme a los límites contemplados en el marco delegatorio (que pueden ser muchos o pocos). El poder reglamentario reconocido al Tribunal en el artículo 18 No. 3 del DL 211 no es sino una confirmación de que lo aquí se dice*⁶⁰. En este sentido, para este autor, tenemos un diseño normativo que entrega un tribunal como ente regulador. Esta idea también es compartida por Agüero, quién explica que *“si el modelo judicial bifurcado va acompañado de una legislación que es abierta e indeterminada, el órgano judicial termina situado en una posición de ‘regulador del comercio’. La Corte o Tribunal dará contenido a la ley por la vía de resolver casos individuales*⁶¹. Tanto las facultades jurisdiccionales como administrativas tienen un punto común: el Tribunal se aproxima en sentido casuístico y de manera sistémica *“a todos los demás miembros de la comunidad económica que leerán la decisión judicial como la regla en concreto que regula el comercio*⁶².

En primer lugar, respecto a lo señalado, conviene analizar la labor jurisdiccional del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. El artículo 18 N° 1 y 5 del DL

⁵⁹ AGÜERO, Francisco, *Alcance y Límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Santiago, Informe en Derecho, Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile, 2011, p. 8

⁶⁰ MONTT, Santiago, *El tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio*, Ob. Cit. (N° 57), p. 5

⁶¹ AGÜERO, Francisco, *Alcance y Límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Ob. Cit. (N° 59), p.5

⁶² MONTT, Santiago, *El tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio*, Ob. Cit. (N° 57), p. 5

211 dan lugar al principio dispositivo y de pasividad⁶³. En este aspecto, el art. 18 del DL 211 señala que *‘El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tendrá las siguientes atribuciones y deberes: 1) Conocer a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económica, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley; 5) Substanciar, a solicitud exclusiva del notificante de una operación de concentración, el procedimiento de revisión especial de operaciones de concentración (...)*’. Así, el Decreto Ley 211 mantiene en su diseño el principio formativo dispositivo del procedimiento civil, señalando al tribunal que la acción jurisdiccional se inicia a requerimiento de parte, al igual que su prosecución y conclusión, a contrario del principio inquisitivo, donde el Tribunal tiene facultades propias para iniciar de oficio, como ocurre en los asuntos no jurisdiccionales.

Luego, conviene recordar los factores de limitación de la actividad jurisdiccional, para lo cual, operan dos, respecto del TDLC como elaborador de políticas públicas, a saber: el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil: *“Las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o excepción de cosa juzgada”* y el tiempo. Respecto a la cosa juzgada, el elemento esencial dice relación con la excepción de cosa juzgada, siendo aquel efecto de las sentencias definitivas e interlocutorias, firmes y ejecutoriadas, que las hace inmutables y coercibles. De esta manera, el proceso es un juego único, toda vez que produce decisiones dirimentes, *“aquellas que reflejan la idea del Derecho como una actividad dinámica que se encuentra en creación constante, una de cuyas fuentes es precisamente el ejercicio jurisdiccional donde se produce la creación de normas jurídicas particulares”*⁶⁴, no repetitivo, puesto que *“el juez debe resolver debido a que ejerce una función pública que impone la necesidad de decidir con efecto de cosa juzgada, a fin de otorgar seguridad jurídica y estabilidad a las normas jurídicas”*⁶⁵, dentro de lo cual la cosa juzgada sustancial le es esencial⁶⁶. Respecto

⁶³ El principio dispositivo dice relación con la intervención del juez en el inicio y terminación del procedimiento, encontrándose condicionado a la actuación y requerimiento de parte. El principio de pasividad, por su parte, tiene relación con el impulso del procedimiento para la prosecución de éste, el cual estará a cargo de las partes.

⁶⁴ CARRASCO, Nicolás, *El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargas informativas: una mirada desde el análisis económico del Derecho*, ob. Cit. (Nº 46).

⁶⁵ *Ibid.*

al tiempo, toda decisión debe adoptarse en cierto espacio temporal, lo cual viene dado en virtud de un orden consecutivo legal, es decir, un diseño procedimental en que el legislador determina las etapas y fatalidad de los plazos.

De esta forma, el factor de limitación del art. 3 inciso 2° del Código Civil, esto es, *“Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”*, operaría solo en tribunales con funciones netamente jurisdiccionales, y no operaría para el TDLC. Así, la E. Corte Suprema ha señalado que dicho factor no le es aplicable al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al expresar que *“es clarísimo el tenor del fallo dictado en los autos Rol N° 4797 al establecer en el fundamento vigésimo cuarto que el límite máximo de cantidad de espectro radioeléctrico de 60 MHz se impone a todo operador móvil, actual o potencial, razón por la que sólo cabe concluir que tal restricción constituyó una declaración que iba más allá de la sola consulta de las bases de licitación del concurso 3G, sino que es una medida que se dispuso determinando el margen incluso a futuro (...)”*⁶⁷. En este sentido, la E. Corte Suprema señala que, en virtud del rol del TDLC respecto del control del mercado, *“no está en lo cierto el tribunal recurrido al pretender restringir los efectos de las determinaciones que se adoptan según lo dispone el artículo 3° del Código Civil, puesto que las decisiones jurisdiccionales en este caso están dirigidas a tener vigencia en el tiempo y en el mercado específico al que se refieren, en tanto no sean alteradas por una determinación de igual naturaleza, las que, por consiguiente, corresponde sean observadas por la autoridad sectorial respectiva y los incumbentes en esa actividad económica”*⁶⁸. Por tanto, la E. Corte Suprema reconocería que el rol del TDLC en su aspecto jurisdiccional no solo está limitado al conocimiento y fallo del caso concreto, sino que, como reconoce Montt, *“el TDLC debe razonar como un policymaker y no como un juez criminal. Esto es, debe resolver los casos*

⁶⁶ La cosa juzgada sustancial dice relación con la condición de toda sentencia en cuanto inimpugnable en el mismo proceso e inmutable frente a otros procesos.

⁶⁷ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, causa Rol N° 73.923-2016, caratulado *CONADECUS contra Telefónica Móviles Chile S.A y otros*, considerando Décimo Cuarto.

⁶⁸ *Ibid.*

*pensando consecucionalmente qué reglas concretas maximizan el bienestar de la comunidad económica*⁶⁹.

En segundo lugar, analizaré la labor administrativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en cuanto elabora políticas públicas. Con objeto de no extender esta explicación fuera de su propósito, me referiré sucintamente a dos: la función de dictar instrucciones generales y la función de proposición normativa.

Primero, el art. 18 N° 3 del DL 211 establece la facultad del TDLC para *‘dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley (...)’*. Dicha potestad *“correspondió a la Comisión Resolutiva —ente de naturaleza administrativa—, la que en ejercicio de la misma dictó distintas instrucciones generales para distintos mercados*⁷⁰. Esta facultad es denominada ‘Regulatoria Externa’, siendo de naturaleza extrajurisdiccional, las cuales *“son vinculantes para quienes ejecuten o celebren actos o contratos determinados que tuvieren relación con la libre competencia en mercados específicos o pudieren atentar en contra de ella.”*⁷¹ De esta forma, se aplica como regulación directa para los agentes que participan en el mercado regulado, de manera que, considerando que es imposible una fiscalización constante y mantener ilimitadas causas en el tribunal, *“esta potestad se justifica en los casos en los que la imposición de sanciones no es la alternativa óptima —desde el punto de vista de un análisis de costos y beneficios sociales— para restablecer el correcto funcionamiento del proceso competitivo de forma efectiva en determinados mercados o de intensificar dicho proceso, en su caso”*⁷².

Esta potestad viene otorgada por un Estado regulador, que controla las actividades económicas, que, en el sistema chileno, vienen diseñados en modelos de ‘Superintendencias’, quienes se encargan de la actividad de policía. De ahí que

⁶⁹ MONTT, Santiago, *El tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio*, Ob. Cit. (N° 57), p. 7

⁷⁰ AGÜERO, Francisco, *Alcance y Límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Ob. Cit. (N° 59), p. 9

⁷¹ VELOZO, Javier, GONZÁLEZ, Daniela, *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, *La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario*, Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2011, p. 54

⁷² *Ibid.*, p. 56.

resulte a priori extraño que esté entregada a un Tribunal. Pese a ello, es plausible entregar ciertas facultades administrativas, no es del todo ajeno a los tribunales, quienes suelen tener dentro de sus facultades aquellas de carácter no contencioso y propiamente administrativo. En palabras de Agüero, *“la potestad normativa del TDLC es una potestad equivalente a aquellas de las superintendencias; se encuentra establecida por ley; obliga sólo a los particulares; su ámbito de competencia se encuentra delimitado por el ámbito de competencia del TDLC y tiene una jerarquía inferior a la ley y al reglamento”*⁷³. La razón de fondo, compartida por Agüero⁷⁴, de este diseño dice relación con la independencia que posee el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en comparación a la FNE o un modelo de superintendencias, mientras que Montt⁷⁵ señalaría que corresponde más bien al resultado de la falta de consenso y discusión política, por lo que no es un diseño buscado a priori por el legislador. Para resolver dicha discusión, analizaremos la siguiente función.

En segundo lugar, el TDLC tiene la facultad de proposición normativa, regulada en el artículo 18 N°4 del DL 211, correspondiente a *‘proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas’*. Es denominada ‘Potestad propositiva’, siendo una de las más extrañas facultades en un Tribunal de justicia, pues busca generar una obligación receptiva por parte del Ministro de Estado correspondiente respecto a políticas públicas, existiendo una interacción entre el Poder Judicial, a través de este tribunal especial, y el Poder Ejecutivo, correspondiendo además ejercerla de oficio por parte del TDLC. Es decir, en el mismo organismo, están radicadas las

⁷³ Agüero, *Alcance y Límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Ob. Cit. (N° 59), p. 24

⁷⁴ Ver Agüero, Francisco, *Alcance y Límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Ob. Cit. (N° 59).

⁷⁵ Ver Montt, Santiago, *El tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio*, Ob. Cit. (N° 57).

facultades de interpretación y adjudicación de normas jurídicas y de proponer modificarlas, participando incluso en el proceso de creación normativo. Profundizando, tal función consiste entonces en *“influir en el proceso político con el objeto de colaborar en la corrección de la falta de competencia en los mercados, específicamente producidas o propiciadas por el ambiente institucional que determina el funcionamiento de los mismos”*⁷⁶. De esta manera, no solo protege la libre competencia de los mercados, sino que genera o busca generar leyes. Esto otorga mayor sustento a la tesis de Agüero respecto del diseño normativo: el TDLC busca ser totalmente independiente de intereses políticos y económicos, y es en sus facultades no jurisdiccionales donde se radica con mayor fuerza no solo su independencia, sino también su nivel técnico. De otra manera, dichas facultades no mantienen una explicación armónica.

De este somero análisis es posible construir, como idea base, que el aspecto jurisdiccional del TDLC no solo tiene como fin la resolución del conflicto judicial, sino que, complementado con sus labores no jurisdiccionales, tiene un objetivo social de eficiencia en la libre competencia de los mercados, por lo que, en la resolución del caso concreto, debe propender a alcanzar dicho objetivo. Así lo señalan Tapia y Cordero, expresando que *“El TDLC, en cambio, no es ni un organismo revisor ni adjudicador, sino que su rol fundamental es “implementar” la normativa de competencia; esto es, resolver con un sesgo hacia la promoción de los intereses sociales que forman la base de las reglas jurídico-económicas de protección de la libre competencia”*⁷⁷. Dentro del sistema continental o ‘civil law’, esta función es aparentemente ajena⁷⁸, puesto que la principal función del tribunal es de resolución de conflictos al caso concreto en virtud de la normativa vigente. Así, distinguiendo, *“Según Damaska, la toma de decisiones en la estructura*

⁷⁶ VELOZO, Javier, GONZÁLEZ, Daniela, *Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia*, Ob. Cit. (N° 71), p. 68.

⁷⁷ TAPIA, Javier, CORDERO, Luis, *La revisión judicial de las decisiones regulatorias*, Santiago, Centro de Estudio Públicos, N° 139, 2015, pp. 52-53.

⁷⁸ Para comprender la administración de justicia como bien público, se propone una mirada consecuencialista por la que el sistema jurisdiccional considere los incentivos que genera a los sujetos y aplique criterios de eficiencia. Véase, ÑÚÑEZ, Raúl, CARRASCO, Nicolás, *análisis económico de la administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?*, Santiago, Revista chilena de derecho, vol. 42, N°2, 2015. [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200009> [Consultado: 20 marzo de 2019]

*judicial jerárquica será del tipo "legalista", cuando los funcionarios toman decisiones particulares y los hechos están especificados en una norma. En cambio, será "consecuencialista", según si se espera que los funcionarios justifiquen la toma de decisiones, haciendo referencia a las consecuencias deseadas que se espera se deriven de esas decisiones"*⁷⁹. Por ello, una decisión consecuencialista implicará la resolución de conflictos considerando los potenciales efectos que genere dicha decisión en el resto de la comunidad, lo que en el TDLC comprendería promocionar los intereses sociales de la libre competencia en la decisión judicial. Este objetivo se logra considerando las reglas del debido proceso como elemento clave de justicia para, desde esa base, buscar objetivos de eficiencia considerando la decisión consecuencialista de cada caso concreto.

iii. El procedimiento contencioso de Libre Competencia

El procedimiento contencioso regulado en el artículo 19 y siguientes del DL 211 ha sido históricamente objeto de controversias. Tanto la extensión del debido proceso, la configuración de los principios como la caracterización del procedimiento han sido objetos de disputa, por lo cual me centraré en detallar ciertos aspectos esenciales en dichas controversias.

El artículo 20 del DL 211 señala ciertas notas características del procedimiento, a saber:

- a. Escrituración: el procedimiento será escrito, salvo la vista de la causa.
- b. Publicidad: el procedimiento será público, con excepción de los instrumentos regulados en el artículo 22 respecto de su Reserva o Confidencialidad.
- c. Dirección formal: el procedimiento será impulsado de oficio por el Tribunal hasta su resolución definitiva.

⁷⁹ DAMASKA, Mirjan, *The faces of justice and State Authority*, 1986, Citado por RUIZ TAGLE, Pablo, *Análisis comparado de la función judicial*. Santiago, Centro de Estudios Públicos N° 39, 1990, p.137

- d. Iniciación de parte: el procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular.
- e. Dirección material: El Tribunal podrá decretar, en cualquier estado de la causa y aún después de su vista, cuando resulte indispensable para aclarar aquellos hechos que aún parezcan oscuros y dudosos, la práctica de las diligencias probatorias que estime convenientes
- f. Supletoriedad del procedimiento civil: las normas contenidas en los Libros I y II del Código de procedimiento civil se aplicarán supletoriamente al procedimiento mencionado en los artículos precedentes, en todo aquello que no sean incompatibles con él.

A partir de ello es posible comprender que el legislador, en virtud de los intereses tutelados y la especialidad del ordenamiento jurídico, escogió determinados criterios de organización para la tutela procesal, no siguiendo estrictamente aquellos derivados del proceso civil que le es supletorio al proceso de Libre Competencia. Así, los criterios son:

- a. Principio Dispositivo: éste *“es entendido por la dogmática como la facultad que tienen las partes de disponer sobre la controversia jurídica, es decir, serán las partes quienes deben decidir si inician o no un juicio y determinan su objeto”*⁸⁰, principio limitado por la facultad de disposición jurídico material, el deber del Tribunal de esclarecer los hechos y las normas de dirección formal del proceso (el juez se encarga de fijar audiencias y posibilitar una sustanciación adecuada). En el procedimiento contencioso se refleja a través de la iniciación de parte, pero a su vez, se ve limitado por la dirección formal del Tribunal.
- b. Investigación de oficio: este principio *“supone que el tribunal investiga por sí mismo los hechos de la causa y en ello no está vinculado a los requerimientos y declaraciones de las partes del proceso”*⁸¹. Esta idea viene otorgada a través de la dirección material del proceso, de manera que no se contradice con la idea de principio dispositivo, toda vez que a través de las

⁸⁰ NÚÑEZ, Raúl, *Libre Competencia y Debido Proceso*, Ob. Cit., (N° 29), p.248.

⁸¹ *Ibid.*, p.249

partes se introduce la pretensión y excepciones que importen hechos excluyentes (principio dispositivo), mientras que los hechos secundarios o excepciones impeditivas o extintivas pueden ser individualizadas por el juez (investigación de oficio), sin que por ello importe una violación al debido proceso⁸².

- c. Orden consecutivo legal: la ley se encarga de establecer la secuencia de fases o actos, pudiendo distinguir una fase de discusión, una fase probatoria y una fase de clausura, además de la sentencia. Sin embargo, respecto de la fase investigativa de la Fiscalía Nacional Económica, existiría un principio de orden consecutivo discrecional, toda vez que la reglamentación, duración y conformación de cada etapa es discrecional respecto del Fiscal Nacional Económico.
- d. Escrituración y protocolización: el procedimiento será escrito, otorgando así mayores facilidades respecto del conocimiento del contenido del expediente, lo cual va conjugado al principio de protocolización respecto de las audiencias realizadas, de la cual se dejará constancia escrita en el expediente.
- e. Publicidad y secreto: el procedimiento será público, sin embargo, respecto de la prueba instrumental, se podrá decretar la reserva (limitación a los terceros ajenos al proceso) y el secreto (limitación a las partes y terceros) respecto de aquellos instrumentos que contengan formulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular.

Una vez delimitada la base del procedimiento, se ha discutido si su naturaleza corresponde a la aplicación del ius puniendi estatal, y, por ende, el procedimiento está ligado al proceso penal y sus garantías, si corresponde a un procedimiento administrativo sancionador, con garantías moderadas, o, si corresponde a un procedimiento más bien civil con características propias.

⁸² Véase: NÚÑEZ, Raúl, *Libre Competencia y Debido Proceso*, Ob. Cit. (N° 29)

En primer lugar, “tanto la doctrina como la jurisprudencia, han reconocido que en Chile existe un solo *ius puniendi* o potestad sancionatoria del Estado, con una sola base constitucional y, por lo mismo, con un único conjunto de principios y límites aplicables”⁸³. Así lo ha señalado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional chileno, expresando que “esta Magistratura ha sostenido ya en múltiples oportunidades, que al llamado derecho administrativo sancionador y a la actividad sancionadora de la administración sí se le aplica el principio de legalidad”⁸⁴, y lo ha señalado el profesor Romero al señalar que el estándar aplicable en sede de libre competencia es prueba clara y concluyente, toda vez que “no debiera perderse de vista que lo que está en juego aquí es la imposición de una sanción reflejo de la acción punitiva del Estado.”⁸⁵

De lo expuesto previamente respecto al *ius puniendi*, se ha discutido en primer lugar que el procedimiento de Libre Competencia correspondería a un ‘*procedimiento criminal*’, lo cual se hizo más latente frente a la discusión generada ante el Tribunal Constitucional, causa rol N° 2381-2012, caratulada *Empresas Ariztía S.A. con Fiscalía Nacional Económica*, donde se debatió la posibilidad de declarar inconstitucional la norma del artículo 29 del DL 211, pues al ser los libros I y II supletorios del procedimiento, daría la posibilidad de absolver posiciones respecto de los gerentes de los productores de pollos, aplicando la norma del art. 385 del CPC. La razón de fondo del debate dice relación con la prohibición de autoincriminación en los procesos penales, por lo que el Tribunal Constitucional estaba encargado de señalar su naturaleza. Al respecto, el considerando decimoséptimo señala que “el H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al ejercer una función jurisdiccional, se somete al régimen de garantías de

⁸³ DOMPER, María de la Luz, Avilés, Víctor Manuel, *Una mirada económica y jurídica al fallo Voissnet contra CTC y su impacto en el esquema de la libre competencia chileno*, Santiago, Universidad Católica, Programa Económico Libertad y Desarrollo, p.327 [En Línea] <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-299-349-Una-mirada-economica-y-juridica-al-fallo-Voissnet-contra-CTC-y-su-impacto-en-el-esquema-de-libre-competencia-chileno-MLDomper-VMAviles.pdf> [Consultado: 20 marzo de 2019]

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, causa Rol 479-2006, caratulada *Requerimiento de Inaplicabilidad de Compañía Eléctrica San Isidro S.A. y otras*, considerando sexto.

⁸⁵ ROMERO, Juan José, *Colusión de empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, Santiago, Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia de la Universidad Católica, 2007, p.35.

procedimiento generales y no a las que la doctrina discute debiesen aplicarse en el ejercicio del derecho administrativo sancionador. Por la razón indicada no es posible invocar en este la jurisprudencia de esta que admite que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales". A esto cabe agregar lo razonado en el considerando trigésimotercero, que señalan que *"en la gestión pendiente, el legislador ha considerado pertinente remitir el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia al procedimiento civil, y por esta vía, ha incorporado las garantías propias de éste"*. Por ello, la extensión del debido proceso solo concierne a las garantías propias de todo procedimiento (civil), no añadiendo las garantías extensivas del ius puniendi ni del proceso penal, ni las morigeradas del administrativo sancionador.

De esta forma, pese a que se ha caracterizado por gran parte de la doctrina y jurisprudencia como un proceso administrativo sancionatorio, *"es imposible conceptuar las penas contenidas en estas normas como meramente administrativas, toda vez que son aplicadas –y no simplemente revisadas– por un tribunal"*⁸⁶. Así, existe una postura minoritaria elaborada por los ministros del TDLC, los señores Javier Tapia y Jaime Arancibia, a partir de la sentencia en causa rol C-299-2015, caratulada FNE contra CMPC y otra, y la sentencia en causa rol C-312-2016, caratulada FNE contra Fresenius Kabi y otras, exponiendo ciertas consideraciones en el voto disidente. En este sentido, señalan que la naturaleza del proceso corresponde al derecho regulatorio administrativo, no siendo una vertiente del ius puniendi estatal, sino una del ius corrigiendi, de lo que derivan imposiciones de cargas públicas (obligaciones) de dar, hacer o no hacer para prevenir daños individuales, generando una responsabilidad patrimonial infraccional. Solo excepcionalmente, en el caso de infracciones graves, genera una responsabilidad penal o retributiva, por medio de la criminalización de la colusión, distinguiendo dos sedes diversas. Por ende, señalan en el considerando 14 del voto disidente de la sentencia 160 de 2017 del TDLC, que, en el derecho de

⁸⁶ DOMPER, María de la Luz, Avilés, Víctor Manuel, *Una mirada económica y jurídica al fallo Voissnet contra CTC y su impacto en el esquema de la libre competencia chileno*, Ob. Cit. (N° 83), p. 327

la Libre Competencia chileno, *“la responsabilidad patrimonial infraccional y la penal están claramente separadas. La función jurisdiccional de este Tribunal consiste, exclusivamente, en hacer efectiva la responsabilidad patrimonial o compensatoria del sujeto infractor por atentar en contra del interés público en la libre competencia.”*⁸⁷

Particularmente, considerar la naturaleza del procedimiento contencioso como parte del ius corrigiendi no solo soluciona los conflictos aparentes que genera la regulación del ilícito competitivo con el ilícito penal, por cuanto la configuración del non bis in ídem sería artificiosa, sino que además permite dotar de contenido la subsidiariedad del procedimiento con la normativa civil y establecer un estándar probatorio de acuerdo a la normativa de eficiencia del procedimiento. Así, señalan Tapia y Arancibia, *“su única diferencia con la responsabilidad contractual privada radica en el origen de la obligación - que es legal (cfr. artículo 1437 del Código Civil) - y en el interés afectado -que es público-, pero no en la naturaleza infraccional de la responsabilidad y en su estatuto probatorio.”*⁸⁸

En este aspecto, ¿qué es el ius corrigiendi? Esta denominación nace como contrapartida del ius puniendi, el cual tiene como objetivo una retribución del mal infringido por conductas ilegales, mientras que, por su parte, el ius corrigiendi buscaría la corrección de conductas indeseadas por medio del cumplimiento forzado de obligaciones regulatorias mediante amenaza o imposición de medidas de igual naturaleza, es decir, pecuniarias. Por ello, tales potestades no solo tienen un carácter correctivo, sino también prospectivo o disuasivo, impropio del derecho penal o ius corrigiendi, toda vez que dicen relación con el carácter consecuencialista de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia respecto de las decisiones en el caso concreto.

Por todo lo anterior, al referirnos al ilícito anticompetitivo, la caracterización de este no está determinada por el principio de tipicidad, sino que corresponde a una

⁸⁷ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 160-2017, causa Rol C-299-2015, caratulada “Requerimiento de la *Fiscalía Nacional Económica contra CMPC Tissue y otra.*”, voto de prevención, considerando 14°.

⁸⁸ Ibid.

norma de orden público, derivada de una obligación de no hacer permanente en el tiempo o de tracto sucesivo, de manera que *“el acuerdo colusivo configura un incumplimiento único de una obligación negativa de “no coludirse”, permanente y duradera, que da origen a la responsabilidad infraccional correspondiente”*⁸⁹.

Una vez definidas las notas esenciales del procedimiento, su naturaleza, la extensión del debido proceso y la configuración de los criterios de organización de tutela procesal, pasaré a dilucidar el estándar probatorio adecuado en consideración de lo expuesto.

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.911, se ha debatido respecto al estándar probatorio en el procedimiento contencioso de Libre Competencia. Si bien la formulación normativa de qué estándar probatorio rige en determinada sede no es común en la legislación nacional, encontrándose escasamente expresada en una fórmula clara, como en materia penal, la discusión respecto a la naturaleza del procedimiento contencioso en sede de Libre Competencia ha derivado en diversos resultados.

Así, en un primer momento, el estándar probatorio se aproximó al estándar penal, toda vez que la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, rol 5057-2006, exigía prueba directa, no bastando la demostración por medio de indicios que llevaran a concluir la existencia de una práctica concertada. De esta forma, los considerandos 14 y 15 señalaron respectivamente que *“aun cuando se estimara que efectivamente a todas las empresas les convenía que el proceso de licitación fracasara, ello por sí solo, desde luego no comprueba que existió, entonces, una colusión de éstas para lograrlo. Tampoco es posible desprenderlo de las conductas desplegadas por las empresas, desde que es perfectamente posible, como lo señalaron al formular sus descargos, que ello obedeciera a una estrategia”*⁹⁰, añadiendo *“Que atento lo razonado en las motivaciones anteriores, no habiéndose acreditado que las empresas requeridas hayan incurrido en la*

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 165-2018, causa Rol C-312-2016, caratulada “Requerimiento de la *Fiscalía Nacional Económica contra Fresenius Kabi y otros*”, voto de prevención, considerando 4°.

⁹⁰ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol 5057-2006, caratulada *Fiscalía Nacional Económica contra Air Liquide Chile S.A. y otros*, Considerando 14°

conducta descrita en el artículo 3 letra a) del DL 211 de 1973, es que resulta procedente acoger las reclamaciones interpuestas por las empresas requeridas.”⁹¹

En un segundo momento, rigiendo hasta la actualidad para la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, se ha considerado que el estándar probatorio que rige el procedimiento es el de prueba ‘*clara y concluyente*’, explicado por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en la sentencia Rol 234-2011 de manera “*que dicho estándar, para poder formar la convicción de este Tribunal, exige tener más que simplemente una mayor probabilidad, pero sin exigir un nivel de certeza “más allá de toda duda razonable”, como se exigiría en materia penal*”⁹². Sin embargo, respecto al fundamento, no se ha aludido mayor argumentación que la que se sigue respecto de la comprensión del procedimiento como una manifestación del ius puniendi estatal, siendo el estándar probatorio una mera consecuencia, señalándose en la sentencia antes referida “*Que la decisión sobre el umbral a partir del cual se considerará suficiente corroboración de una hipótesis, es una decisión que dependerá de la naturaleza del proceso en que incida*”⁹³.

En un tercer momento, existe una postura minoritaria manifestada en los votos disidentes por los ministros Tapia y Arancibia respecto del estándar probatorio, manifestando que este correspondería al estándar civil, conocido como ‘*balance de probabilidades*’ o ‘*probabilidad prevaleciente*’. Previo a su análisis, una recapitulación:

El estándar probatorio dice relación con aquella etapa de la actividad probatoria respecto a cuándo el juez decide tener por probado un enunciado, de manera que distribuye el error judicial entre el demandante y el demandado. Así, frente a H_0 (hipótesis inicial persona es inocente), un procedimiento que tenga aparejadas mayores garantías (como la presunción de inocencia o la garantía de prohibición de autoincriminación) requiere mayor protección de dichos intereses, elevando la significancia de la prueba de hipótesis (α) lo más cercano al 100% ($P > 0.99$), lo que

⁹¹ Ibid., considerando 15°.

⁹² Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 136-2014, Rol 234-2011, caratulada *Fiscalía Nacional Económica contra de Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y otros*, considerando septuagésimo.

⁹³ Ibid.

se traduce en la necesidad de una mayor inversión en el proceso, o, dicho de otro modo, eleva el costo administrativo. Como ya se señaló previamente, elevar la significancia de la prueba de hipótesis (α) y mantener (ceteris paribus) la potencia de la prueba (β), tiene como consecuencia que, ante el binomio de relación inversa de error tipo I y error tipo II, el demandante requiera mayor prueba para que el juez decida tener por cierto que H_0 es falsa, por lo que el estándar se distribuye en su contra.

En Chile, respecto de la prueba de la colusión, dicho estándar "*P(C| PC & PF) debe ser mayor que, a modo referencial, 0.6 - 0.7 (60 - 70%)*"⁹⁴. De esta forma, el demandante tiene una exigencia menor respecto del estándar analizado previamente (denominado 'más allá de toda duda razonable'), pero sigue manteniendo lejanía respecto del estándar civil, en el cuál $P > 0.5$ (50% + 1). En cuanto a su fundamentación, el profesor Jonathan Valenzuela ha señalado que, en el derecho de la competencia, el peso probatorio se modifica respecto del estándar civil debido a "*reconocer una función retributiva en la imposición de la multa como característica distintiva de la sanción en esta área del derecho. Lo que una regla de estándar probatorio administra en este escenario es, justamente, un error respecto de la responsabilización por la realización de infracciones al derecho de competencia.*"⁹⁵ De esta manera, señala que la imposición de sanciones a competidores por colusión corresponde a una función retributiva definida, función que incorpora garantías ajenas a un procedimiento civil, aumentando la significancia de la prueba de hipótesis (α), elevando los costos administrativos. Esta aseveración, como he señalado, además de acarrear problemas como la discusión respecto del *non bis in idem*⁹⁶, ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional previamente, quién ha señalado que las garantías

⁹⁴ GRUNBERG, Jorge, MONTT, Santiago, *La prueba de la colusión*, Ob. Cit. (N° 51), p.369

⁹⁵ VALENZUELA, Jonathan, *Una regla de estándar de prueba en el derecho de competencia: a propósito de la causa Rol 304-2016*, Santiago, Informe en Derecho presentado por Cencosud a fojas 10.811 ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa Rol C-304-2016, 2017, pp. 27-28

⁹⁶ Véase: MAÑALICH, Juan Pablo, *El principio ne bis in ídem frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio*, Santiago, Política criminal, Vol. 9, N° 18, 2014, pp. 543-563.

propias aplicables al procedimiento de Libre Competencia son las del proceso civil, que le son supletorias⁹⁷.

Por último, el estándar civil mantiene como regla de significancia de la prueba de hipótesis (α) la '*hipótesis más probable que no*', cuya probabilidad es 50% + 1 ($P > 0.5$), puesto que escoge la hipótesis más probable, entre la que afirma un hecho y la que lo niega. El voto de minoría planteado por los ministros Tapia y Arancibia señalan que un sistema óptimo debe tender a minimizar tanto los costos resultantes de condenar prácticas lícitas como los de condonar prácticas ilícitas. Como dicho binomio de errores judiciales son inversos, el legislador suele salvaguardar el error tipo I (falso positivo) frente al error tipo II (falso negativo) en los procesos penales debido al valor social que comprendería hipotéticamente 99 culpables libres frente a 1 inocente condenado. Sin embargo, frente al sistema de Libre Competencia, el voto de prevención señalaría que no se puede preferir un tipo de error sobre otro, pues "*objetivos primarios de la libre competencia sean la disuasión general, la cual funciona más por acumulación que de manera casuística, y la corrección de conductas específicas. De este modo, como cualquier otra regulación, las normas de libre competencia deben ser neutras (en términos de óptimo paretiano) en cuanto al tipo de error*"⁹⁸. En la siguiente sección analizaré si es plausible esta aseveración.

Antes de concluir esta sección, es necesario abordar ciertos elementos respecto de la prueba de la colusión. Toda colusión dice relación con '*Acuerdos o prácticas concertadas*', de manera que es esencial que dicha práctica sea realizada entre dos o más competidores que cooperen o se coordinen entre sí. Sin embargo, la distinción entre acuerdos o prácticas concertadas⁹⁹ y la situación de paralelismo

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional, causa Rol 2381-2012, caratulado *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucional por Empresas Ariztía S.A.*, Considerando trigésimo séptimo.

⁹⁸ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 160-2017, causa Rol C-299-2015, caratulada "*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra CMPC Tissue y otra.*", voto de prevención, considerando 20°.

⁹⁹ En este aspecto, conviene aclarar que el TDLC ha señalado que no hay diferenciación entre acuerdos y prácticas concertadas. Así, se señala que "*el término "acuerdo" es considerado de manera muy amplia, incluyendo múltiples formas contractuales, convenciones, meras tratativas, promesas, protocolos de entendimiento, "acuerdos o pactos de caballeros", pactos de conducta, circulares, entre otros. Es posible que tal acuerdo sea verbal, se manifieste en uno o más*

consciente es compleja, pues sin los factores añadidos adecuados, podría no diferenciarse a simple vista.

El paralelismo implica que “*Los competidores actúan, a sabiendas, en forma similar o coincidente, lo que es el resultado de la estructura y características propias del mercado relevante*”¹⁰⁰. De esta forma, competidores, muchas veces de productos homogéneos (y eventualmente, con bajo grado de sustitución según el mercado relevante en particular) mantienen variaciones estructurales de costos equivalentes, lo cual no atenta contra el libre mercado por la concentración misma de éste, existiendo interdependencia respecto de las decisiones en su producción y precio. Dicho actuar, consciente y similar entre competidores no es ilícito por ser inherente a conductas esperables y racionales del mercado, en los cuales el comportamiento de los individuos se explica por actuar en beneficio propio, de manera que, la evidencia en el mercado es de un juego no cooperativo en que competidores llegan al equilibrio de Nash (no se logra el mejor resultado conjunto para los participantes, sino el mejor para cada uno considerando su beneficio propio esperable en consideración de la estrategia del rival)¹⁰¹.

En virtud de ello, la prueba de la colusión debe acreditar más que solo conductas similares entre competidores, lo que no quiere decir que la colusión solo pueda probarse a través prueba directa. Para suplir dicha carencia probatoria, surge la teoría conocida como factores añadidos (*‘plus factors’*), que consiste en derribar las alternativas plausibles a un acuerdo colusivo frente una conducta paralela acreditada por medio de dos tipos de factores adicionales:

instrumentos o incluso una seguidilla de meros actos materiales”. En el considerando siguiente, el TDLC señala que “*la falta de asidero de la diferenciación entre acuerdos y prácticas concertadas se ve reforzada por el hecho que, en nuestro derecho, el texto legal siempre ha tenido la amplitud suficiente como para cubrir toda clase de prácticas*”. Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N°167/2019, causa rol C-304-2016, caratulada “*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de Cencosud S.A. y otras*”, considerandos trigésimo cuarto y trigésimo quinto.

¹⁰⁰ GRUNBERG, Jorge, MONTT, Santiago, La prueba de la colusión, Ob. Cit. (N° 51), p. 340

¹⁰¹ El equilibrio de Nash se representa en el paralelismo consciente en la medida que, frente a estrategias dominantes (A actúa con su mejor estrategia posible independiente de lo que B haga y viceversa) se prefieren estrategias reflejo, de modo que A actúa en su mejor estrategia posible considerando lo que B hace, y B escoge su mejor estrategia posible considerando lo que A hace, realizando un juego no cooperativo. Esto se considera un equilibrio de competencia imperfecta en mercados de bienes homogéneos, describiendo sus decisiones para maximizar ganancias.

- i. Factores añadidos de fondo¹⁰² o económicos: es plausible, frente a las condiciones de mercado, que se haya concretado un acuerdo colusivo. En este aspecto, absolutamente técnico respecto de la estructura del mercado, se deben acreditar condiciones como alta concentración del mercado, baja sustitución del producto (generalmente se utilizan productos similares o commodities), facilidad de recopilación de precios (alta transparencia e información pública respecto a las políticas de pricing de las compañías), barreras de entradas, rigidez y concentración de la demanda, asimetrías entre las empresas, entre otros. De esta manera, se busca explicar las facilidades que tuvieron las empresas para lograr el acuerdo, incentivos para salir, el monitoreo del acuerdo a través de la transparencia de datos o facilidades de observación de conductas de pricing, la posibilidad de las empresas de ajustarse al mercado, la capacidad de evitar el crecimiento o entrada a través de barreras artificiales a nuevos competidores, entre otros.
- ii. Factores añadidos de forma o de comunicación: dice relación con todo tipo de medio de comunicación entre competidores. Desde comunicación por mails, teléfono, chats privados, o a través de asociaciones gremiales, como también, mandatarios en común, comunicación entre empleados, etc.

En toda colusión, uno de los principales problemas dice relación con la sofisticación del acuerdo y su monitoreo, toda vez que las empresas son entidades altamente estructuradas, con recursos suficientes para eliminar la mayor cantidad de evidencia o hacerla invisible al fiscalizador. En principio, mientras mayores son los niveles de sofisticación de las agencias de competencia (potencia de la prueba), mayor es la posibilidad que los agentes también sofisticuen sus medios de comunicación o monitoreo en acuerdos colusivos, lo que analizaremos más adelante. Por tanto, el problema al que se enfrenta el sentenciador dice relación con el tipo de prueba a presentar.

¹⁰² Véase: MENCHACA, Tomás, *colusión en economías pequeñas*, [Diapositivas] Santiago, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En Línea] http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0004.pdf [Consultado: 24 marzo de 2019]

Prueba directa es aquella que brinda la existencia de hechos al juzgador sin requerir inferencias o de raciocinio, logrando generar la convicción con su sola presentación y escrutinio, pues presenta información suficiente.

Prueba indirecta, también denominada circunstancial o indiciaria, es aquella que versa sobre la existencia de hechos denominados base (hecho probado), de los cuales se pretende probar el hecho principal (del cuál se carece de prueba directa) a través de inferencias. De este tipo de prueba, los principios de limitación a la sana crítica son esenciales, por cuanto la conjugación de las máximas de la experiencia, el conocimiento científicamente afianzado y las reglas de la lógica son vitales para una construcción probatoria que genere convicción. Así, respecto de la colusión, ocurre *“que para probar una práctica concertada a través de evidencia circunstancial se requiere encadenar una serie de hechos de forma tal que, en su conjunto, permitan acreditar lo que se quiere probar”*¹⁰³.

Debido a que cada vez es más improbable encontrar prueba directa, en virtud tanto de la mediatización como de las mayores facultades de fiscalización del estado en casos de colusión (y su correlación con incentivos a esconder o borrar evidencia respecto de acuerdos colusivos que se ejecutan en el tiempo), es menester incorporar un *“complejo conjunto de indicios que el sentenciador debe sopesar para concluir si la hipótesis de colusión es más probable que la hipótesis de paralelismo en los términos exigidos por el estándar de prueba aplicable.”*¹⁰⁴ Esto es más evidente si consideramos que en el artículo 22 del DL 211 se comprende a la sana crítica como regla de apreciación de la prueba.

En particular, es interesante considerar el razonamiento en del Tribunal de Defensa contra la Libre Competencia en el caso FNE contra Isapre ING S.A. y otros, que señala que *“Por ello habrá de establecer a continuación si, en los hechos, dicho acuerdo existió o no. Para tal efecto, y a falta de evidencia directa de la existencia del mismo, será preciso constatar si puede **presumirse legalmente** la existencia de un acuerdo entre las requeridas acreditados en el*

¹⁰³ ROMERO, Juan José, *Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, Ob. Cit. (N° 85)

¹⁰⁴ GRUNBERG, Jorge, MONTT, Santiago, *La prueba de la colusión*, Ob. Cit. (N° 51), p. 348

proceso”¹⁰⁵ (el destacado es mío). La E. Corte Suprema llega a este razonamiento muchos años después, en 2012, en causa rol 2578-2012, que en su considerando 11 señala que *“En conclusión, el acuerdo colusorio entre agentes económicos puede ser acreditado por prueba directa o indirecta”*¹⁰⁶, señalando en el considerando 70, *“el ordenamiento jurídico de libre competencia -art. 22 del DL N° 211- faculta expresamente al tribunal para establecer presunciones o hacer deducciones a partir de hechos concretos”*¹⁰⁷. Así, además, la E. Corte Suprema reconoce, en la causa rol 19806-2014, en el considerando 10° que *“no se rindió la aludida prueba dura o directa, la que, en todo caso, es cada vez más inusual de obtener para probar conductas anticompetitivas por medio de carteles”*¹⁰⁸, de manera que, en virtud de la prueba circunstancial rendida, concluyen que *“los datos de precios recién descritos ratifican el mecanismo colusorio de que daban cuenta las declaraciones consignadas precedentemente”*¹⁰⁹.

De esta forma, a partir de un mayor conjunto de indicios respecto a los factores añadidos, relativos tanto al fondo como a la forma, es, en virtud de las reglas de experiencia, los principios de la lógica, y los conocimientos científicos en materia económica, más probable afianzar la balanza hacia la colusión que el paralelismo consciente.

Por ello, la consideración de la prueba circunstancial en su carácter holístico (es decir, manteniendo un análisis completo y no por cada indicio) mantiene la forma de valoración más eficiente en virtud de la sanción de carteles, por cuanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es uno de los órganos jurisdiccionales más apropiados para dicha aplicación, en su carácter técnico y experto, pues *“No puede olvidarse que una de las bondades de este nuevo TDLC –y su integración mixta de economistas y abogados– radica en los nuevos aires*

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia N° 57-2007, en causa Rol C-77-05, caratulado *Fiscalía Nacional Económica contra Isapre ING S.A. y otros*, Considerando 80.

¹⁰⁶ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, causa rol 2578-2012, caratulado *Requerimiento de la FNE contra Farmacias Ahumada y otros*, considerando 11°.

¹⁰⁷ *Ibid.*, considerando 70°.

¹⁰⁸ Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, causa rol 19806-2014, caratulado *Requerimiento de la FNE contra servicios Pullman Bus Costa Central S.A.*, considerando 10°.

¹⁰⁹ *Ibid.*, considerando 18°.

respecto de la apreciación de la prueba y la importancia de la prueba circunstancial"¹¹⁰.

iv. Objetivos de eficiencia en el derecho procesal de Libre Competencia.

A lo largo de este capítulo, he demostrado que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mantiene un diseño institucional único y novedoso en el marco del *civil law*, puesto que escapa del simple conocimiento y decisión judicial al caso concreto.

De esta manera, su función responde a una corriente consecuencialista, por lo que tiende a fines de eficiencia, lo cual no solo es una pretensión doctrinal o jurisprudencial, como he analizado, sino que mantiene sustento normativo.

Así, se pueden señalar, entre otras:

- i. Artículo 1 del DL 211: *'La presente ley tiene por objeto promover y defender la libre competencia en los mercados. Los atentados contra la libre competencia en las actividades económicas corregidos, prohibidos o reprimidos en la forma y con las sanciones previstas en esta ley'*.
- ii. Artículo 2 del DL 211: *'Corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados'*.
- iii. Artículo 3 inciso 1° del DL 211: *'El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso'*

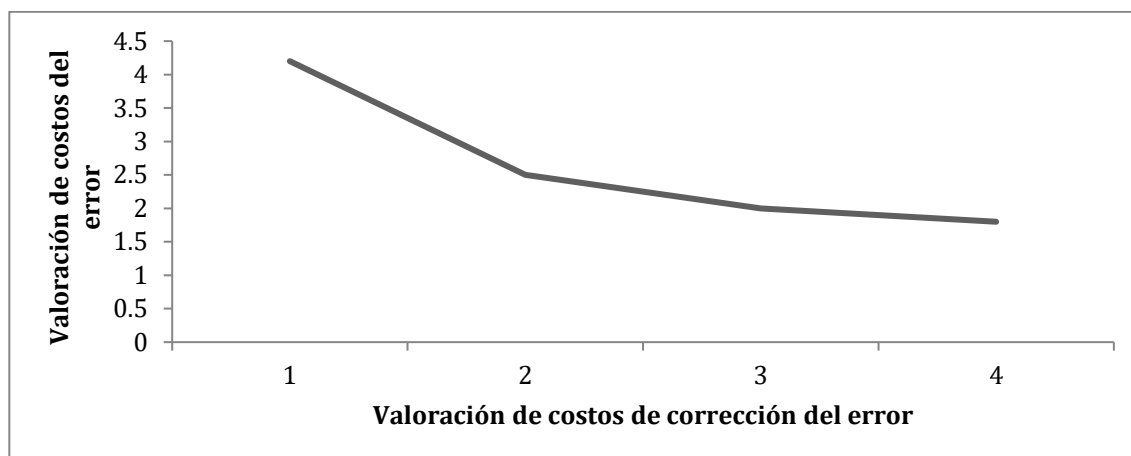
¹¹⁰ ROMERO, Juan José, *Colusión de empresas de oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?*, Ob. Cit. (N° 85), p. 45.

- iv. Artículo 6 letra b) del DL 211: *‘El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia estará integrado por las personas que se indican a continuación: b) Cuatro profesionales universitarios expertos en materia de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas’.*
- v. Artículo 26 del DL 211: *‘La sentencia definitiva será fundada debiendo enunciar los fundamentos de hecho, de derecho y económicos con arreglo a los cuales se pronuncia. En ella se hará expresa mención de los fundamentos de los votos de minoría, si los hubiere (...).’*
- vi. Artículo 26 letra c) del DL 211: *‘c) Aplicar multas a beneficio fiscal hasta por una suma equivalente al treinta por ciento de las ventas del infractor correspondientes a la línea de productos o servicios asociada a la infracción durante el período por el cual ésta se haya extendido o hasta el doble del beneficio económico reportado por la infracción (...). Para la determinación de las multas se considerarán, entre otras, las siguientes circunstancias (...) efecto disuasivo’.*

Luego, he desarrollado sucintamente ciertas discusiones históricas respecto del procedimiento de libre competencia, para así señalar en esta sección que el objetivo que dicho procedimiento mantiene responde a dos criterios de eficiencia procesal: un óptimo de costos de error judicial y un óptimo de costos administrativos.

Como he explicado al inicio de este capítulo, la relación entre los costos del error judicial y los costos administrativos es inversa, lo cual se ve reflejado en el siguiente gráfico:

Gráfico I: Relación inversa de los costos del error y costos administrativos de corrección¹¹¹

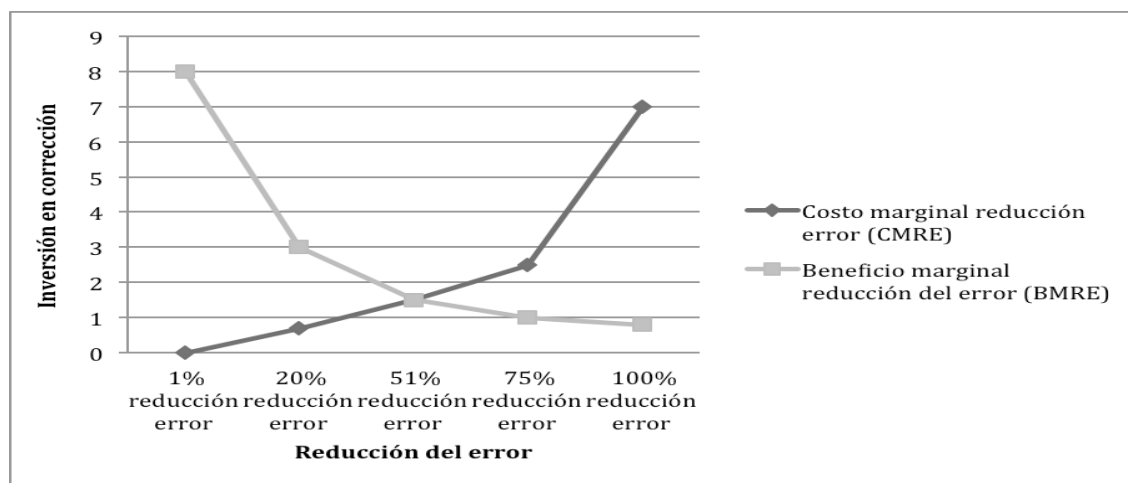


De esta manera, Carrasco señala que la función de óptimo de la reducción de los costos de error en la decisión judicial corresponde a:

$$\text{Ópt. } EDp = BMRE = CMRE^{112}$$

Dicha formulación es graficada como:

Gráfico II: El problema de la reducción de los costos del error de la decisión judicial¹¹³



¹¹¹ CARRASCO, Nicolás, *La eficiencia procesal y el debido proceso*, Ob. Cit. (N° 17), p. 447

¹¹² Ibid., p.450.

¹¹³ Ibid., p.449

En el proceso de Libre Competencia, se evidenciaría esto a través del mandato entregado al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de resguardar la libre competencia de los mercados, lo que incluye su prevención, corrección y sanción.

Dicha formulación respecto del bien jurídico y respecto del ilícito anticompetitivo del art. 3 del DL 211, que permite la prevención, corrección y sanción del peligro abstracto de atentar contra la libre competencia de los mercados, tendría como traducción un estándar más laxo respecto de error tipo I o falso positivo, por cuanto el valor social de una colusión no detectada, prevenida, corregida o sancionada sería mucho más lesiva que dicha detección, prevención, corrección o sanción respecto de una falsa o aparente colusión (paralelismo consciente). Por esto, se permiten infracciones de peligro abstracto en el art. 3 del DL 211 (*que tienda a producir efectos*). Ello, además, se complementa con la naturaleza del procedimiento, de carácter civil, regido por el *ius corrigendi* estatal, con la inclusión de garantías de todo procedimiento respecto del debido proceso (y no la inclusión de garantías penales, absolutas ni morigeradas), cuya máxima sanción dice relación con imposición de cargas públicas pecuniarias (multas) civiles.

Por ende, respecto del error judicial, existiría mayor tolerancia de parte del sistema de Libre Competencia chileno. En este punto, cabe precisar ciertas consideraciones pendientes respecto del voto de prevención estudiado.

El voto de minoría señalaría que, desde el Derecho Procesal, se debe mantener neutra la discusión sobre el tipo de error, lo cual no es acorde a la valoración social de la detección y sanción de la colusión que la literatura y la normativa proscriben respecto del sistema de Libre Competencia. En segundo lugar, la reducción del error tipo I conlleva necesariamente a un incremento de tolerancia del error tipo II, toda vez que, frente a la disminución de la significancia de la prueba, de no aumentar la potencia de la prueba, facilitaría que culpables queden libres, lo que solo puede sortearse aumentando la potencia de la prueba, esto implica, costos administrativos más altos para entregar mayores niveles de información. Por el contrario, la reducción del error tipo II, a través de la reducción de la potencia de prueba, implica aceptar ausencia de completa información al

juzgador, tolerando el error tipo I. En términos aún más gráficos, nos redirige a los dos tipos de costos posibles: error judicial y costo administrativo, los cuáles, como hemos señalados, tienen una relación inversa. Por último, el estándar de prueba no equilibra ambos tipos de error, sino que los distribuye: un estándar de balance de probabilidades los distribuye entre demandante y demandado por igual, mientras que un estándar de más allá de toda duda razonable distribuye otorgando una enorme carga al demandante a beneficio del demandado (respecto de quién rige una presunción de inocencia y prohibición de autoincriminación).

Esto, además, evidencia el error respecto del criterio de eficiencia expresado: el óptimo paretiano. Este óptimo se consigue al transitar de la situación social X a la Y ***sin que al menos una persona sufra un perjuicio***. ¿Es plausible que en el tránsito de estados procesales X a Y sin que al menos demandante o demandado sufran un perjuicio? Más bien, lo que el estándar probatorio parece señalar, es que se debe distribuir, frente al tránsito de estados procesales X a Y, cargas probatorias de carácter procesal entre ganadores y perdedores (criterio Kaldor-Hicks) para obtener dicho tránsito Y (sentencia).¹¹⁴

Por ello, desde el punto de vista procesal, corresponde aplicar en el proceso de libre competencia el estándar de probabilidad preponderante, en virtud de la normativa y el diseño institucional. Esto nos entrega luces respecto de la tolerancia del error judicial.

Sin embargo, si el diseño institucional apunta a que el error judicial en materia de libre competencia es tolerado, ¿ocurre en tal caso una efectiva disminución respecto del error administrativo? En principio, conviene señalar que *“las alternativas para aumentar el “poder” de un test son esencialmente dos: a) aumentar el tamaño muestral (incluyendo la alternativa de disminuir la desviación de la muestra); b) aumentar el nivel de significancia (aumentar el α), es decir, aumentar la tolerancia para con los errores tipo I (esto es, adoptar un estándar de*

¹¹⁴ Esta aseveración es sostenida y desarrollada por Carrasco, Nicolás, *Estándar de preponderancia de prueba en Libre Competencia: ¿Cómo entender las razones de eficiencia que lo fundamentan?*, Santiago, VII Jornada nacional de Derecho Procesal: la prueba en los procedimientos chilenos, Universidad Católica, noviembre 2018.

*prueba menos exigente). Ambas soluciones pueden y deben adoptarse conjuntamente, pues no son excluyentes*¹¹⁵, agregando a ello que *“bajo ninguna circunstancia puede pensarse o concluirse que la existencia y/o uso de las nuevas facultades duras eleva el estándar de prueba que debe regir en estos casos”*¹¹⁶. Por tanto, cabe concluir que existe un óptimo de reducción de costos administrativos del procedimiento de Libre Competencia.

En primer lugar, a partir del objetivo sustantivo de disuasión, se le asigna importancia al tiempo, lo cual se vislumbra en la dirección formal otorgada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: mantiene impulso de oficio hasta la sentencia. Ello incluso ha llevado a que el TDLC esté facultado para declarar inadmisibile una demanda¹¹⁷.

Luego, el TDLC tiene facultades de dirección material: puede aclarar ciertos puntos oscuros o dudosos, implicando que ciertas omisiones de información no están otorgadas simplemente a las partes, lo cual se traduce a su vez en el empoderamiento del tribunal para controlar ciertos aspectos probatorios en el juicio, disminuyendo las necesidades de mecanismos recursivos.

Un tercer elemento es, precisamente, la reducción de los mecanismos recursivos comparados al procedimiento civil: frente a la sentencia solo existe el recurso de reclamación frente a la E. Corte Suprema. Esto implica que el respeto del debido proceso es reducido, por el legislador, frente a la celeridad del proceso para impedir que efectos anticompetitivos se mantengan en el mercado.

En cuarto lugar, el inciso segundo del artículo 21 señala que *‘Se podrá notificar a las filiales o agencias constituidas en Chile de una empresa extranjera, los requerimientos o demandas que se deduzcan en su contra por infracciones de*

¹¹⁵ GRUNBERG, Jorge, MONTT, Santiago, La prueba de la colusión, Ob. Cit. (N° 51), p.331

¹¹⁶ *Ibíd*, p. 35.

¹¹⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en causa rol C-322-2017, caratulada *Requerimiento de la FNE contra Asociación Gremial de Cirujanos de la V Región*, de fecha 2 de agosto de 2018. En el considerando 7° se señala que *“en este sentido, el requerimiento de autos es inidóneo porque no reúne todos los presupuestos necesarios para producir eficacia jurídica según a tutela solicitada”*, complementando en el considerando 11° que *“la inadmisibilidad ab initio del requerimiento de autos por falta de un presupuesto material para su tramitación no es sino otra manifestación más del mencionado propio de oficialidad (...)”*

esta ley, y carecerá de valor cualquier limitación estatutaria de dicha filial o agencia', norma que reduce todo costo administrativo derivado de la imposibilidad de notificar agencias extranjeras en Chile (reduciendo costos tanto materiales como de tiempo o dilaciones procesales).

En quinto lugar, el artículo 30 del DL 211, que posibilita la presentación de la acción de indemnización de perjuicios ante el TDLC, aplicando la sustanciación del procedimiento de libre competencia de esta manera a cuestiones civiles, lo que incluye la apreciación de la prueba y reducción del sistema recursivo.

En sexto lugar, se ha señalado que el Tribunal puede tener por acreditada la colusión a través de la presentación de prueba circunstancial, lo cual reduce los costos administrativos que implican recabar prueba directa respecto de la colusión.

Por último, respecto de la FNE se otorgan dos herramientas para la persecución de carteles: la Delación Compensada y las Medidas Intrusivas. Si bien dichos elementos, a priori parecen aumentar los costos administrativos (al requerir recursos por parte de la FNE respecto a la aplicación de las herramientas), operan bajo la lógica de incentivos y desincentivos y teoría de juegos, lo que tiende a modificar las conductas racionales esperables de las empresas o agentes económicos del mercado, disminuyendo en el tiempo las conductas indeseadas, desde la lógica interna del cartel (Delación Compensada) o desde la lógica externa (medidas intrusivas).

Este trabajo se centra particularmente en el estudio de las medidas intrusivas, las cuales son introducidas, desde el punto de vista procesal, en virtud de que su aplicación opera como aumento a la potencia de la prueba, lo que tiende a reducir la posibilidad del error judicial, focalizado en la minimización del error tipo II. Por su parte, además, desde el Derecho de la Libre Competencia en sentido sustancial, opera generando incentivos a los agentes económicos, de manera que, frente a una colusión, agudiza la relación entre las partes (al enfrentar un allanamiento, es probable el quiebre de relaciones entre las partes del acuerdo colusivo y más susceptible de tener una delación compensada), y fortalece las

facultades fiscalizadoras estatales, quién no queda simplemente a merced de una delación compensada limitada. Por último, frente a las recientes facultades intrusivas otorgadas a otros organismos administrativos (en particular, la Comisión para el Mercado Financiero), ¿es plausible hablar de un estatuto administrativo propio frente a las medidas intrusivas, distanciado del derecho procesal penal?

CAPÍTULO II. LAS MEDIDAS DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN EN EL DERECHO PROCESAL

A. Concepto, finalidad, naturaleza y fundamento de las medidas de entrada y registro e incautación

Las herramientas utilizadas por los órganos persecutores que implican la entrada y registro e incautación se enmarcan en el género '*diligencias, herramientas o medidas intrusivas*', denominación dada por el carácter lesivo de dichas actuaciones frente a los derechos fundamentales consagrados en la Carta Política o Tratados Internacionales, por lo que su práctica y regulación se encuentra bajo el cumplimiento de parámetros, requisitos o límites que otorga el ordenamiento jurídico. La regulación de ésta y otras diligencias en el proceso penal, indistintamente de su carácter lesivo, son herramientas jurídicas propias de la fase inicial de un proceso, denominada investigación o instrucción, fase que se desarrollará, generalmente en un Estado de Derecho, en un proceso de carácter administrativo, sin perjuicio que respecto de determinadas actuaciones se requiera de intervención judicial (o, como es el caso de Chile, la existencia de la etapa de investigación formalizada o no formalizada).

Así, la etapa de investigación o instrucción, "*sólo busca reunir información para el persecutor, con el objetivo que prepare actuaciones futuras (de cara a un juicio o al término anticipado de la causa). El reunir trazos de información, organizarla, ponderarla, intentando unificarla bajo una misma teoría interpretativa del evento indagado, es un ejercicio de gestión de datos desprovisto de cualquier valor probatorio o jurisdiccional intrínseco*"¹¹⁸. Por ello, el rol que juegan dichas herramientas dentro de esta etapa es la de recabar antecedentes o elementos que tiendan a "*la preparación del juicio, a preparar el material de hecho suficiente para el ejercicio de la acusación o para disuadir de hacerlo, por lo que, en principio,*

¹¹⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio. *La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas*. Santiago, Ius et Praxis, vol. 23 N°1 [En línea] <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/viewFile/817/472> [Consultado: 05.04.2019], p. 200

*ninguna de las actuaciones sumariales tiene el carácter de prueba*¹¹⁹. En este aspecto es fundamental distinguir, como se señala previamente, que si bien ciertas diligencias tienen regulación jurisdiccional, propio de un requisito para la obtención de elementos que pueden eventualmente revestir el carácter de prueba, dichos elementos no constituyen la prueba en sí mismo, por lo que las garantías propias que tienen los elementos probatorios en sede jurisdiccional no pueden valerse en la etapa de investigación, generando, al practicar una determinada diligencia, garantías y derechos autónomos, los cuales resultan más o menos restringidos en virtud de los fundamentos, características y fines propios de esta etapa.

Respecto a su naturaleza jurídica, excluida la posibilidad de ser comprendida como prueba, y concordante con su regulación en la etapa o fase de investigación, las diligencias intrusivas son '*actuaciones de la investigación*', siendo aquellos actos jurídico procesales de investigación, de carácter solemne, dirigidas por el ente persecutor y recabadas por sí mismos o encomendadas a las policías, que tienen por finalidad consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes.

Estas diligencias resultan fundamentales para la existencia de un debido proceso en el contexto de la persecución y sanción de ilícitos, pues, con ocasión de recabar antecedentes concluyentes para una acusación, es una herramienta para el Estado frente a los particulares, mientras que, como límite a su ejercicio arbitrario, otorga el derecho a los particulares de excluir jurisdiccionalmente, en su respectivo momento procesal, elementos probatorios que no respeten las garantías constitucionales, los procedimientos de recolección de evidencia o los requisitos para su procedencia, que son deberes del Estado, representado tanto por el ente persecutor como por las policías. Por otro lado, su regulación eficaz y su práctica oportuna, permite otorgar certeza de cumplir el estándar jurídico que la sede correspondiente requiera para la imposición de sanciones, logrando guardar la debida correspondencia entre la hipótesis del órgano persecutor respecto de un

¹¹⁹ MOLINA PÉREZ, Teresa. *La Diligencia de Entrada y Registro Practicada en la Instrucción*. Madrid, Anuario jurídico y económico Escorialense, XLVII, 2010, p. 130.

hecho con relevancia jurídica, y lo que se pueda evidenciar respecto del hecho con los mecanismos y actuaciones que la ley contemple. En palabras de Núñez y Correa, “*Buscan, amén de la averiguación o comprobación de un hecho determinado, poder fijarlo de manera incontestable, de forma que lo obtenido a través de la diligencia pueda ser valorado como prueba en la etapa procesal de juicio*”¹²⁰.

i. Diligencia de entrada.

Entre el conjunto de medidas intrusivas que son posibles de adoptar para la investigación, se encuentra la de entrada y registro. Esta diligencia se compone de dos actuaciones diferentes entre sí, la medida de entrada, por un lado, y la de registro, por otro.

La actuación de entrar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, RAE), consiste en ‘*penetrar o introducirse*’, comprendiendo, por ende, en su idea fundamental la existencia de un lugar o recinto cerrado. Dicha entrada se regula según el tipo de acceso, siendo clasificada en lugares de libre acceso público, donde no se contemplan mayores requisitos; o lugar cerrado o sin libre acceso al público, donde la diligencia adquiere el carácter de intrusiva. A esta definición, se añade que, bajo el concepto de entrada, “*se comprenden el conjunto de intromisiones ocasionadas en virtud de una resolución judicial, flagrante delito o estado de necesidad que persiguen fines específicos, cuya consecución conlleva la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio justificado de acuerdo al principio de proporcionalidad*”¹²¹.

Luego, se sigue que dicha diligencia “*no implica siempre la realización de las operaciones de búsqueda o reconocimiento propias del registro, si bien todo registro presupone la invasión de un domicilio o lugar cerrado*”¹²². De este modo,

¹²⁰ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio, ob. Cit. N°118, p. 202

¹²¹ MORALES MUÑOZ, Emilia. *Diligencias de Investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia*. Madrid, Boletín del Ministerio de Justicia, 61, N°2036, 2017, [En línea] <https://bit.ly/2IsyWpj> [Consultado: 07.04.2019], p. 1846

¹²² *Ibid.*, p. 1844

la entrada es un presupuesto del registro, no así el registro, que es accesoria a la entrada, de lo que se desprende que la mera entrada puede tanto tener fines investigativos, pues, por medio de *“aparatos de filmación o escucha se pueden captar y aprehender datos suficientes que demuestren la existencia del delito perseguido, la localización del cuerpo del delito o la obtención de datos que permitan continuar con la investigación del mismo”*¹²³, como también puede ser instrumental o transitoria para asegurar fuentes investigativas por medio del registro, o, por último, puede tener fines aprehensivos, como sería el caso de requerir la detención de un individuo. En este sentido, se estudian y se regulan entrada y registro en conjunto por ser siempre la entrada presupuesto del registro.

ii. **Diligencia de registro.**

Por su parte, la actuación de Registro, según la RAE, consiste en *“Examinar algo o a alguien, minuciosamente, para encontrar algo que puede estar oculto”*, en particular, los efectos e instrumentos que puedan comprobar el hecho que revista caracteres de delito y/o a identificar a los partícipes.

Hinojosa Segovia define la entrada y registro como un *“acto procesal de investigación restrictivo de un derecho fundamental -la inviolabilidad del domicilio- condicionada a los presupuestos previstos en el ordenamiento jurídico, que tiene por objeto la penetración en un lugar para la detención del sospechoso, la ejecución de un mandamiento de prisión o para prevenir la comisión de un hecho delictivo y, en su caso, la observación, búsqueda y recogida de efectos o instrumentos del delito u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento o comprobación, cuando existan indicios determinantes para su adopción”*¹²⁴. De esto se puede asegurar que, en particular, la diligencia de registro comprende una labor de observación y búsqueda de efectos durante la investigación, que tiene como finalidad la recogida de dichos efectos, diligencia propia de la incautación.

¹²³ Ibid., p 1845.

¹²⁴ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*. Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1996, p.55

Su naturaleza jurídica en derecho comparado es debatida. En primer lugar, se encuentra quienes consideran que es un acto de investigación que compromete un derecho fundamental, del cual se divide nuevamente en dos posiciones, si tiene carácter procesal o jurisdiccional, donde la diligencia de entrada y registro es “*un acto de investigación judicial y procesal por el que la intimidación domiciliaria queda bajo la tutela judicial, al considerar al Juez de Instrucción que en el caso concreto es preciso el sacrificio del derecho fundamental, y suple con su autorización el consentimiento del interesado, en cuyo caso se respeta el contenido esencial del derecho subjetivo*”¹²⁵, o si tiene carácter policial o administrativo, en el cual se “*entiende que cuando el Juez autoriza la entrada y registro, a instancia de la autoridad gubernativa, actúa como garante del derecho fundamental de la inviolabilidad domiciliaria. La Policía actúa en función de averiguar los hechos delictivos que se hubieren producido, por lo que se está en fase previa, preliminar, no procesal*”¹²⁶. Para otro sector de la doctrina, este sería “*un acto o medida cautelar*”¹²⁷ destinada a asegurar medios de prueba, siendo un acto jurídico procesal anterior al juicio que tendría por objetivo obtener la rendición de los medios de prueba que fuesen de difícil realización o recayeren sobre hechos que puedan fácilmente desaparecer. Esta última acepción debe ser absolutamente rechazada por cuanto, como ya se ha señalado, confunde la etapa probatoria, propiamente jurisdiccional, con la etapa de investigación y sus actuaciones, propiamente administrativa, cuyos fines son diferentes. Al respecto, basta señalar que existe información, elementos o antecedentes recabados por diligencias investigativas que no son útiles a la comprobación del hecho o los partícipes, elementos que constarán en la carpeta investigativa pero que no serán introducidas al proceso. Por su parte, toda medida cautelar debe constar en el expediente del proceso.

¹²⁵ MOLINA PÉREZ, Teresa, La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción, Ob. Cit., N° 119, p.133

¹²⁶ MOLINA PÉREZ, Teresa, *La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción*, Ob. Cit., N° 119, p.132

¹²⁷ MORALES MUÑOZ, Emilia, *Diligencias de Investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia*, ob. Cit. N°121, p. 1846

En doctrina nacional, los profesores Horvitz y López consideran que su naturaleza jurídica es de una *“diligencia de investigación que persigue como finalidades la obtención de fuentes de pruebas para la comprobación del hecho punible o la participación culpable y/o para la solicitud de una medida cautelar”*¹²⁸. Como tales, son diligencias de investigación de carácter intrusivo, que comprometen derechos fundamentales, y, según su objeto, pueden requerir autorización jurisdiccional (si lesionan derechos fundamentales) o ser meramente administrativas (si el afectado autoriza expresamente la diligencia), como se analizará en adelante.

El fundamento jurídico de la medida de entrada y registro se encuentra en el delito, ubicándose entre el deber y la necesidad de perseguir eficazmente el delito y la de aportar elementos necesarios para la comprobación y prevención en el proceso, contra la libertad de todo individuo. Así, en la investigación se debe llevar a cabo la *“práctica todo aquello que conduzca al descubrimiento del delito y sus circunstancias, a la determinación de las personas responsables, así como al aseguramiento de los presuntos culpables y de las responsabilidades del juicio”*¹²⁹, pero que, como en toda medida limitativa de derechos fundamentales, debe propender a notar el carácter de excepcional, *“concediéndose sólo cuando no hay otros medios menos gravosos para llegar a su descubrimiento y la de proporcionalidad, atendiendo a la gravedad del hecho que está condicionada por la gravedad de la pena (delito, no falta) y la existencia de indicios y nunca de sospechas”*¹³⁰.

iii. Diligencia de incautación.

Por último, la medida de Incautación, según la RAE, consiste en *“Privar a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de la relación de estos con un delito, falta o infracción administrativa”*. Esta medida es autónoma, pues puede proceder en diversos casos, no requiriendo como presupuesto la entrada o registro, sin

¹²⁸ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, p.512

¹²⁹ MOLINA PÉREZ, Teresa, La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción, Ob. Cit., N° 119, p. 130

¹³⁰ MORALES MUÑOZ, Emilia, *Diligencias de Investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia* Ob. Cit. N°4, p.1847

embargo, para efectos de recolectar evidencia y en virtud de la praxis, es usual su estudio en conjunto. Su finalidad es *“tanto asegurar la evidencia que sirva para acreditar el cuerpo del delito y la participación culpable, como los efectos del respectivo delito, que puedan ser objeto de pena de comiso en la sentencia definitiva”*¹³¹.

Su naturaleza jurídica, en derecho comparado, es igualmente discutible. Para un sector sería una medida cautelar de naturaleza real, en donde el *“secuestro o incautación cautelar de bienes, en tanto medida cautelar real, tiende a asegurar la efectividad de dicha medida penal”*¹³², y como tal, *“son actos de coerción directa realizados por la autoridad jurisdiccional que recaen sobre bienes u objetos y están destinados a asegurar las consecuencias jurídicas económicas del delito”*¹³³, mientras que para otra parte de la doctrina, corresponde a un acto investigativo que lesiona derechos fundamentales, con sus vertientes tanto jurisdiccional o administrativa, aplicando lo señalado previamente respecto de la entrada y registro.

En doctrina nacional, se considera una *“medida intrusiva que afecta el derecho de propiedad del titular del bien respectivo, contemplado en el art. 19 N° 24 CPR.”*¹³⁴, sin embargo, no desconoce que tiene por objeto asegurar evidencia o los efectos del delito.

Su fundamento recae, en cuanto medida, en una dualidad *“como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos – propiamente, medida instrumental restrictiva de derechos – (...), y como medida de coerción – con una típica función cautelar-. En ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro*

¹³¹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio, ob. Cit. N°118, p.203; HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Ob. Cit. N° 128, p. 533.

¹³² SAN MARTÍN CARRASCO, Martín, *Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación*, Buenos Aires, Ius et Veritas 19, [En Línea] <https://bit.ly/2I3mAVH> [Consultado: 13.05.2019], p. 240

¹³³ Ibid.

¹³⁴ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio, ob. Cit. N°118, p.203

*modo, con el hecho punible*¹³⁵". Así, su faceta dual consiste, en primer caso, en un fundamento de conservación de elementos de prueba materiales para la actividad probatoria en la sede jurisdiccional. En segundo lugar, posee un fundamento preventivo respecto del ocultar o desaparecer bienes para no impedir la obstaculización de la verdad, en un término procesal.

Por último, podemos resaltar ciertas notas esenciales y generales en diversas regulaciones respecto a la diligencia de entrada, registro e incautación¹³⁶:

- i. Exclusividad jurisdiccional: esto implica que se otorga el monopolio al poder judicial para dictar la resolución por medio de la cual sea válida la diligencia, sin perjuicio de los casos en que las Policías puedan realizarla sin autorización (flagrancia o autorización del particular afectado).
- ii. Objeto: radica en un lugar cerrado en el cual se ejercita o es potencialmente afectado el derecho a la no intromisión en la vida privada, mientras que, respecto a la incautación, radica en documentos o efectos del delito, donde es afectado el derecho a la propiedad.
- iii. Proporcionalidad: se debe cumplir una cuota de proporcionalidad, revistiendo la medida el carácter de indispensable, necesario e idóneo.
- iv. Acto de investigación indirecto: por sí misma no es válida para determinar el hecho o las circunstancias relevantes, sino que, por el contrario, es el medio por el cual se obtienen los instrumentos que cumplirán dichos fines (requiriendo para ello la presentación en el proceso).

B. Regulación Procesal Penal.

El Código Procesal Penal se encarga de regular detalladamente las medidas de entrada, registro e incautación. La medida de entrada y registro se regula en los artículos 204 a 216 del Código Procesal Penal (en adelante *CPP*), mientras que la

¹³⁵ Acuerdo Plenario N°5-2010, Corte Suprema de Justicia de Perú, 2010, [En línea] http://www.derecho.usmp.edu.pe/cedp/jurisprudencia/Acuerdo%20Plenario%20N5_2010.pdf [Consultado: 12.05.2019], p.2

¹³⁶ MOLINA PÉREZ, Teresa, La diligencia de entrada y registro practicada en la instrucción, ob. Cit. N° 119, p.130

incautación se regula en los artículos 217 a 221 del mismo cuerpo legal. Dichos artículos pertenecen al Párrafo 3° del Libro II del CPP, denominado '*Actuaciones de la investigación*'.

i. Entrada y registro.

Para Horvitz y López, la medida entrada y registro implica "*la afectación o perturbación de los derechos fundamentales a la intimidad e inviolabilidad del hogar*"¹³⁷. Por ende, regulando la intromisión en la intimidad del hogar o lugares cerrados, el Código Procesal Penal es el encargado de facultar a los funcionarios públicos a la transgresión de dicha privacidad, vale decir, el constituyente resguarda un interés jurídicamente protegido respecto de la intimidad, cuya regulación es entregada al legislador. Ello se puede asegurar toda vez que, la contrapartida de dicho derecho mantiene sanción penal, a través del delito de entrada en morada ajena contra la voluntad de su morador, prescrito y sancionado en el artículo 144 del Código Penal (en adelante *CP*), por lo que toda circunstancia establecida en la ley correspondería a una causal de justificación de un comportamiento típico, reconocido en el artículo 10 N° 10 del CP, como eximente de responsabilidad criminal.

a) Espacio sobre el que recae la medida de entrada y registro: concepto de lugar cerrado.

La diligencia de entrada recae, en virtud de su definición, sobre un '*lugar o edificio cerrado*', de manera que la fórmula jurídica que utiliza el legislador en el Código Procesal Penal escapa al concepto complejo que utiliza, entre otros, el derecho español de '*domicilio*', lo que tendría por finalidad facilitar, a priori, la solicitud respecto de la locación objeto de la diligencia, estableciendo un concepto más amplio y, como contrapartida, más fácil de delimitar para el afectado, en cuanto al cumplimiento de requisitos o respecto de las arbitrariedades manifiestas en el desarrollo procedimental.

¹³⁷ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Ob. Cit. N°129, p. 512.

Sin embargo, la protección constitucional chilena mantiene como objeto de inviolabilidad al concepto de ‘hogar’ en el artículo 19 numerales 4 y 5, por lo que a continuación se analizarán dichas discrepancias conceptuales, su significado e interpretación para la cabal comprensión de la locación objeto de la medida.

La existencia de un derecho a inviolabilidad del hogar (Art. 19 N° 5 CPR) supone dos ideas fundamentales:

- a) La garantía de un ámbito de privacidad: toda persona tiene derecho a poseer un espacio físico, que ésta escoja libremente, donde la intromisión de terceros, incluidas las autoridades, esté prohibida. Dicha intromisión no solo es en un sentido físico y tangible, sino absoluto, proscribiendo, por ejemplo, la utilización de aparatos que capten imágenes o videos de dicho espacio. De esta forma, el contenido del derecho se expresa de manera negativa, pues el titular tiene el derecho de excluir a cualquier tercero de entrar o permanecer en dicho lugar. En este sentido, *“La noción de domicilio amparada por el art. 18.2 CE no se refiere de un modo exclusivo al lugar de residencia habitual, al establecimiento definitivo y permanente de las personas, sino a todo lugar en el que se desarrolle, de un modo u otro, su ámbito privado. Tutelándose, en consecuencia, cualquier espacio físico en el que se despliegue el ámbito de privacidad de las personas”*¹³⁸. La transgresión de este espacio implica, como señalé en principio, la infracción del delito de violación de morada ajena contra la voluntad de su morador, prevista y sancionada en el artículo 144 del Código Penal. De este punto, el código no señala que entiende por morada, lo cual desarrollaré para comprender como confluyen estas normas.
- b) La regulación de la intromisión a dicho espacio íntimo: para establecer un derecho propiamente tal, se deben resguardar las excepciones o límites, de manera que la entrada será permitida en ciertos supuestos: la más natural, el consentimiento del titular; luego, en caso de que se esté cometiendo un

¹³⁸ GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro José, *La inviolabilidad del domicilio*. Tecnos, Madrid, 1992, p. 136.

delito (flagrancia); o, por último, la resolución judicial. Se reconoce un cuarto supuesto, que más bien corresponde a una situación genérica en que no existe sanción penal a la intromisión, siendo el estado de necesidad justificante, tanto en carácter general (art. 10 N° 7 Código Penal) como en carácter especial (art. 145 Código Penal).

Por su parte, el Código Procesal Penal no se refiere a los conceptos de ‘hogar’ ni ‘domicilio’ ni ‘morada’, sino que el artículo 205 del Código Procesal Penal señala el concepto de ‘edificio o lugar cerrado’. El concepto de ‘lugar’ tiene un significado amplio, siendo usada en el derecho penal en las voces ‘lugar habitado’, ‘lugar no habitado’, ‘lugar cerrado’, entre otras, sin darse una expresión determinada de su alcance, debiendo analizarse en virtud del ámbito de protección de la norma en concreto.

Respecto del delito de robo¹³⁹, los artículos 442 y 443 del Código Penal emplean la voz ‘lugar no habitado’ y ‘sitio no destinado a la habitación’, en virtud de lo cual Etcheberry expresa que “el empleo de la expresión “sitio”, en vez de “lugar” y su equiparación a los bienes nacionales de uso público (como las plazas, calles, caminos, puentes) indican que puede también tratarse de puntos no cerrados o protegidos”¹⁴⁰, mientras que Matus, Politoff y Ramírez expresan que la expresión ‘lugar’ tiene “resguardos o reparos materiales, aunque no sea un edificio (puede ser, p. ej. Un carro de ferrocarril; embarcaciones, etc.)”¹⁴¹. El profesor Bullemore agrega, en este sentido, que “Debe tratarse de un recinto cerrado (exigencia común a todo “lugar” y que permite distinguirlo del “sitio”, que es abierto)”¹⁴².

¹³⁹ Ver PIQUIMIL MARTIN, Patricia, *Concepto e importancia del lugar y otros espacios relevantes para la calificación de los delitos en el código penal*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015. [En línea] <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/139254/Concepto-e-importancia-del-lugar-y-otros-espacios-relevantes-para-la-calificaci%C3%B3n-de-los-delitos-en-el-c%C3%B3digo-penal.pdf?sequence=1> [Consultado: 11.05.2019]

¹⁴⁰ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Santiago, 3ª- ed. Editorial Jurídica de Chile, 1988, p. 321.

¹⁴¹ MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMIREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial*. Santiago, 2ª-ed. Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 336

¹⁴² BULLEMORE, Vivian Y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Santiago, 3ª ed. Aumentada y actualizada. Legal Publishing Chile, 2011, pp. 32-33.

En virtud de lo señalado previamente, podemos entender que un '*lugar cerrado*' es un espacio físico, aislado del mundo exterior, que se encuentra privado de libre acceso público. De este modo, es uno de los elementos del domicilio, pero no es asimilable al concepto por completo. En este sentido, al comprobarse un ingreso ilegítimo a un lugar cerrado, "*conlleva, entre otros efectos, la exclusión probatoria o la prohibición de valoración de la evidencia que se hallare en dicho lugar, sin que ello pueda ser subsanado con posterioridad*"¹⁴³.

Este elemento implica, como efecto, una interpretación amplia del concepto de morada del artículo 144 y 145 del Código Penal. En este sentido, existiendo la protección constitucional al domicilio y la regulación de entrada y registro en '*lugares y edificios cerrados*', ¿existe protección penal efectiva, además de la exclusión o prohibición de valoración probatoria, a lugares afectados por la entrada y registro distinto de '*lugar habitado*', como locales comerciales? Etcheberry plantea que sí, de manera que "*morada*" es el recinto en que una persona o grupo de personas viven o desarrollan habitualmente determinadas actividades, con exclusión de la presencia de otros. No es preciso que se trate de un edificio, y ni siquiera que sea un inmueble. Sólo es indispensable que sea un "*recinto*" o "*lugar*", esto es, que exista una clara demarcación de sus límites, y que éstos no sean meramente simbólicos, sino que representen un obstáculo más o menos efectivo para el acceso de terceros al interior"¹⁴⁴.

De esta forma, el planteamiento subsana lo que sería un ámbito desprotegido en el derecho penal¹⁴⁵: el de la entrada a lugares en que se desarrollen actividades profesionales, los cuales también requerirían resguardo de la intimidad. En este sentido, el bien jurídico protegido por la norma, siguiendo la línea de la protección constitucional al hogar, es el de la intimidad, por lo que "*el concepto morada se extiende resguardando la intimidad de las personas en lugares que no se*

¹⁴³ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Ob. Cit. N°129, p. 514.

¹⁴⁴ ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Ob. Cit. N°140., pp. 254-255.

¹⁴⁵ Considerando que la interpretación de morada ha sido reducida a lugar destinado a la habitación, todo aquel lugar en que se efectúe un allanamiento y que no se destinara a tales efectos, correspondería a una conducta atípica, y no tendría mayores sanciones que la exclusión probatoria.

encuentren abiertos al público, incluyendo recintos comerciales como fábricas, clubes sociales, industrias, oficinas particulares. Siendo el único requisito deducible de la parte final del artículo 145 que dicho lugar no esté abierto al público".¹⁴⁶

Pese a lo anterior, en la práctica, el uso de morada suele limitarse al de lugar habitado. En este aspecto, dicho concepto restringido es seguido por el profesor Bullemore, quien manifiesta que *"la morada se refiere al hogar domestico de las personas, en términos similares al concepto utilizado a propósito de los delitos de robo en lugares habitados"*¹⁴⁷. Así, se suele preferir un uso funcional y más restrictivo del concepto de morada, de manera que, en la práctica, el Ministerio Público suele determinar, *in situ* o a través de peritajes, si un local comercial está conectado o separado del lugar habitado, o si alguien suele pernoctar en dicho local. En los casos en que la situación no tenga relación con el concepto de lugar habitado, o en el concepto más restringido de morada, se suele perseguir la transgresión a la intimidad por figuras típicas como robo o hurto en calidad de frustrado (en el caso de la mera entrada).¹⁴⁸

De esta manera, la técnica legislativa de la medida intrusiva utilizada en el código Procesal Penal respecto a la locación permite obtener una garantía efectiva frente a la entrada arbitraria de cualquier lugar cerrado, incluyendo locales comerciales, o un descampado, pues basta que éste se encuentre separado del mundo externo por medio de un cierre o semi cierre, existiendo un elemento activo del interés jurídico protegido por la Constitución, esto es, el ejercicio activo de intimidad. En resumen, la diligencia de entrada en los casos previstos por el CPP resulta una exención de responsabilidad penal (art. 10 N° 10 CP) al delito de violación de morada contemplado en el artículo 144 del CP, pues, pese a que históricamente el

¹⁴⁶ Ver PIQUIMIL MARTIN, PATRICIA, *Concepto e importancia del lugar y otros espacios relevantes para la calificación de los delitos en el código penal*, ob. Cit. N° 139, p. 38.

¹⁴⁷ BULLEMORE, Vivian y MACKINNON, John. *Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo III*. Ob. Cit. N°25, citado en PIQUIMIL MARTIN, PATRICIA, *Concepto e importancia del lugar y otros espacios relevantes para la calificación de los delitos en el código penal*, ob. Cit. N°142, p.33.

¹⁴⁸ Así, desnaturalizando propiamente la violación en morada, incrementa el costo de la investigación, requiriendo otros elementos probatorios que sirvan de fundamento a la acusación, como mochilas e instrumentos determinados para la comisión del delito de hurto o robo.

concepto se ha restringido al de '*lugar habitado*', una interpretación armónica con la Constitución nos conduce a la garantía de la intimidad que debe existir en todo recinto cerrado.

b) Objeto de la medida de entrada y registro.

Como toda diligencia investigativa, el principal objeto es la obtención de fuentes de prueba para la comprobación del hecho punible o la participación culpable del o los imputados. En este aspecto, el artículo 204 CPP nos señala los fines que tiene esta diligencia:

- a. Búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención, o se encuentre cometiendo un delito.
- b. Para la obtención de rastros o huellas del hecho investigado.
- c. Para la obtención de medios que puedan servir a la comprobación del hecho punible objeto de investigación.

A ello se le debe agregar el artículo 206 CPP, que, en virtud de la situación de flagrancia, señala otros dos posibles objetos de la medida:

- d. Para detener la comisión de un delito o auxiliar a quién sea víctima de un delito, en virtud de las llamadas de auxilio u otros signos evidentes.
- e. Para detener la destrucción de objetos o documentos de cualquier clase que pudiesen haber servido o haber estado destinado a la comisión de un hecho constitutivo de delito o aquellos que de éste provinieran.

c) Supuestos de procedencia.

Respecto a los supuestos de procedencia de la medida, el Código Procesal Penal regula progresivamente, distinguiendo en primer lugar entre 'Entrada y registro en lugares de libre acceso público' (art. 204 CPP) y 'Entrada y registro en lugares cerrados' (art. 205 CPP). Respecto de este último, se regulan tres supuestos de procedencia: el consentimiento del titular, la flagrancia y la autorización judicial.

Además, el CPP se encarga de regular la entrada y registro en lugares especiales, lugares que gozan de inviolabilidad diplomática y locales consulares.

c.1) Lugares de libre acceso al público.

El código Procesal Penal regula la “entrada” – lo cual parecería impropio, pues no se puede entrar a un lugar que no tiene barrera con el exterior – de Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, sin requerir de autorización judicial previa, señalando en su artículo 204 que “*podrán efectuar el registro de lugares y recintos de libre acceso público*” sin requisito adicional. Si bien puede resultar innecesaria dicha regulación, en virtud de no existir una prohibición sistémica de “entrar” o registrar un lugar de libre acceso público, es necesario una eximente de responsabilidad respecto de los fines que manifiesta dicha entrada y registro, pues, según señala el artículo 204, son la “*búsqueda del imputado contra el cual se hubiere librado orden de detención o de rastros o huellas del hecho investigado o medios que pudieren servir a la comprobación del mismo*”. De esta manera, el registro en el libre acceso público por un particular o la omisión de ella por parte de un funcionario público puede revestir el carácter de delito de obstrucción a la investigación, sancionado en el artículo 296 bis del Código Penal.

En segundo lugar, el concepto de ‘libre acceso al público’ es igualmente controvertido. Si bien se comprenden como tales, tanto en el Código Penal como en el CPP, lugares como la vía pública, caminos, carreteras, plazas, entre otros, se aplicaría también a lugares cerrados que temporalmente estén abiertos al público. En este sentido, cabe dudar si comprendemos por recinto de libre acceso al público un local comercial durante su funcionamiento. Para responder esta pregunta, el artículo 145 inciso segundo del Código Penal, señala que este delito (violación de morada) “*Tampoco tiene aplicación respecto de los cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas, mientras estuvieren abiertos y no se usare de violencia inmotivada*”. Así, respecto de centros comerciales, parques naturales, bibliotecas, entre otros, tenemos una doble regulación: son lugares tanto de libre acceso público como lugar cerrado según el momento temporal en que se aplique la diligencia y la existencia de barreras de acceso.

En esta línea también se manifiesta Otero Lathrop, de manera que lugar de libre acceso público es *“aquel lugar al que cualquiera persona puede entrar sin necesidad de permiso o requisito alguno que cumplir, mientras esté abierto al público”*¹⁴⁹. Además, señala que *“el libre acceso al público puede estar autorizado para determinadas secciones o partes del local y únicamente éstas tienen ese carácter. Todo el resto del local pasa a ser recinto cerrado”*¹⁵⁰. De este modo, es importante determinar que solo constituye libre acceso al público la sección del recinto que no prohíba o señale requisitos para su acceso.

Por último, a pesar de que la ley señale solo tres circunstancias (búsqueda del imputado, de rastros o huellas del hecho investigado o de medios que puedan servir a la comprobación), *“no cabe duda que también se incluye el supuesto de búsqueda del imputado sorprendido en situación de flagrancia”*¹⁵¹.

c.2) Entrada y Registro en lugares cerrados.

El artículo 205 inciso 1° señala un principio importante respecto de la procedencia de la entrada y registro, la cual considero es una respuesta normativa respecto del imperativo constitucional del principio de proporcionalidad, de manera que es aplicable la diligencia *“Cuando se **presumiere** que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado (...)”* (el destacado es mío). Esta frase, ubicada al inicio de la regulación de entrada y registro en lugares cerrados, señala que no basta solo con cumplir con los requisitos de procedencia, a saber, consentimiento del propietario, autorización judicial o incluso, en caso de flagrancia, sino que la procedencia de esta diligencia es restrictiva, debiendo presumirse que el imputado o medios de comprobación del delito se encuentren en el lugar. Esta presunción, señala Otero Lathrop *“debe ser justificada, esto es, basada en hechos reales que racionalmente la justifiquen. La presunción implica deducir la ocurrencia o*

¹⁴⁹ OTERO LATHROP, Miguel, *La policía frente al código procesal penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 131.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Ob. Cit. N°128, p. 515.

*existencia de un hecho en base a otros hechos debidamente probados*¹⁵². Así, la medida debe ser necesaria, idónea y proporcional en virtud de las circunstancias de la investigación, debiendo existir cierta certeza o seguridad de sus fines y objetos, *“lo que excluye absolutamente la premonición, el augurio o el olfato o experiencia policial.”*¹⁵³

En segundo lugar, el artículo 205 inciso 2° también indica otro principio a considerar respecto de la actuación de las policías, expresando que el funcionario que realice el registro *“cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes”*.

c.2.1) Entrada y registro en lugar cerrado consentido expresamente por el propietario o encargado.

En primer lugar, se señala en el artículo 205 inciso 1° parte final del CPP que se podrá proceder a la entrada y registro *“siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia”*.

Por su parte, el funcionario no se exime de responsabilidades. Además de cumplir con la proporcionalidad y el menor daño posible, el inciso 2° del artículo 205 del CPP agrega que *“En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse (...)”*, mientras que en la parte final del inciso se señala que *“Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquel que lo hubiere ordenado”*.

Otras diligencias, que no requieren de autorización de judicial y se adoptan frente a la negativa del propietario o encargado respecto de la práctica de la entrada y registro, dice relación con todas aquellas medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado. Esto implica la facultad de rodear el recinto, acordonar, adoptar medidas de vigilancia, entre otros. Por su parte, el artículo 213 del CPP señala la posibilidad de adoptar dichas medidas de vigilancia de las cuales puede disponer

¹⁵² OTERO LATHROP, Miguel, *La policía frente al código procesal penal*, Ob. Cit. N° 149, p.132.

¹⁵³ Ibid.

el Fiscal para evitar la fuga del imputado o la substracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia.

Pese a que los artículos 205 y 213 del CPP parecieran reiterar la idea respecto de las medidas de vigilancia, lo cierto es que el artículo 205 del CPP impone un deber a las policías, puesto que señala que “*la policía **adoptará** las medidas a evitar la posible fuga*” (el destacado es mío), mientras que el 213 del CPP otorga la facultad al Fiscal para “*disponer las medidas de vigilancia*”.

Por último, es importante destacar que el artículo 216 del CPP es aplicable a todo registro, con o sin orden judicial, el que señala que “*De todo lo obrado durante la diligencia de registro deberá dejarse constancia escrita y circunstanciada. Los objetos y documentos que se incautaren serán puestos en custodia y sellados, entregándose un recibo detallado de los mismos al propietario o encargado del lugar.*”

c.2.2) Entrada y registro en lugar cerrado sin autorización judicial ni consentimiento expreso.

Corresponde a un caso de excepción contemplado en el artículo 206 del CPP, por medio del cual la ley permite que la policía entre en un lugar cerrado para registrarlo sin autorización judicial ni consentimiento expreso de su propietario o encargado cuando existan llamadas de auxilio de personas que se encuentren en el interior u otros signos evidentes indiquen en el recinto se está cometiendo un delito. Esto se considera por la doctrina como una situación especial de flagrancia¹⁵⁴. El principal control de esta situación debe efectuarse por parte del Ministerio Público, toda vez que, en caso de extralimitaciones, toda prueba recogida, en virtud de esta norma, caería en ilicitud, y, por ende, deberá excluirse del procedimiento. Esta idea se refuerza en el artículo 206 del CPP, pues en su inciso segundo señala que “*De dicho procedimiento deberá darse comunicación al fiscal inmediatamente terminado y levantarse un acta circunstanciada que será*

¹⁵⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Ob. Cit. N°128, p. 516

enviada a éste dentro de las doce horas siguientes. Copia de dicha acta se entregará al propietario o encargado del lugar”.

Cabe precisar que el artículo 206 contempla dos casos:

- i. El inciso 2º, que señala que *“La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito, o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinada a la comisión de un hecho constitutivo de delito o aquellos que de éste provinieren”.* En este primer supuesto, la policía está facultada para actuar en tres casos:
 - a) Llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior del lugar cerrado: este supuesto implica una interpretación estricta, por lo que la policía debe tener indicio real, lógico y racional de que la llamada efectuada es de auxilio en virtud de un hecho punible. Excepcionalmente, en un caso diverso nos encontraríamos frente a una hipótesis de estado de necesidad (por ejemplo, un incendio) o un hecho atípico (gritos por una obra de teatro).
 - b) Signos evidentes que indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito: según la Real Academia de la Lengua Española, ‘signo’ se define como *“objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro”*, mientras que ‘evidente’ se define como *“cierto, claro, patente y sin la menor duda”*. A ello se añade que la etapa del iter criminis exigida es la ejecución actual, pues se señala que dichos signos evidentes deben irrefutablemente indicar que en el recinto actualmente se esté cometiendo un delito.
 - c) Que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudieren haber servido o

haber estado destinado a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de este provinieren: este caso está absolutamente destinado a la medida intrusiva como medio para obtención de prueba, buscando resguardarla frente a la demora por la obtención de la orden judicial. Debe dejarse constancia del indicio, que debe ser real, lógico y racional de la destrucción de objetos o documentos en el registro, de lo contrario, cualquier prueba recogida deviene en ilícita y debe ser excluida.

- ii. El inciso 3° señala que *“Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos”*. En suma, es un caso especial de flagrancia respecto del delito de abigeato, que permitiría a la policía entrar para impedir la consumación del delito o la huida de sus autores.

En este aspecto, parece no ser necesaria la regulación contenida en el inciso 3° del artículo 206 del CPP, toda vez que el artículo 129 inciso final del CPP habilita la entrada a todo lugar cerrado con motivo de la detención en caso de flagrancia. Así, *“En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quién debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención”*.

c.2.3) Entrada y registro en lugar cerrado con orden judicial.

Respecto de la entrada y registro con orden de registro expedida por autorización judicial, el CPP señala:

- i. Horario para el registro (art. 207 CPP): se señala como horario hábil para el registro aquel que media entre las seis y veintidós horas, de cualquier día, hábil o no. Existen dos excepciones a esta regla: primero, que se trate de

un lugar de libre acceso público que esté abierto durante la noche (es decir, que no corresponda a lugar cerrado), y, segundo, que el registro deba hacerse en forma inmediata por su urgencia. Para este último caso, el CPP exige que dicho motivo conste en *'la resolución que autorizare la entrada y el registro'*.

- ii. Requisitos del registro (art. 208 CPP): *"La orden que autorizare la entrada y registro deberá señalar:*
 - a) *El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados;*
 - b) *El fiscal que lo hubiere solicitado;*
 - c) *La autoridad encargada de practicar el registro, y*
 - d) *El motivo del registro, y en su caso, del ingreso nocturno.*

La orden tendrá una vigencia máxima de diez días, después de los cuales caducará la autorización. Con todo, el juez que emitiera la orden podrá establecer un plazo de vigencia menor." En concordancia con el artículo 9 del CPP, la autorización puede ser dada por el juez de manera verbal, caso en que la policía debe exigir se indiquen los datos que exige el artículo y se deje constancia en el registro. Al propietario, por su parte, debe entregarse copia del acta levantada para registro del procedimiento.

- iii. Procedimiento para el registro con orden judicial (art. 212 CPP): se debe notificar la resolución que autoriza la entrada y registro al dueño o encargado del lugar, invitándolo a presenciar el acto. De no encontrarse, dicha notificación se efectúa a cualquier mayor de edad que esté en el edificio, quién podrá presenciar la diligencia¹⁵⁵. De no haber nadie, deberá dejarse constancia. El juez de garantía puede eximir de estos trámites en caso de existir antecedentes que hicieren temer del éxito de la diligencia, lo cuál debe constar expresamente en la orden judicial.

¹⁵⁵ Othero Lathrop plantea que en caso de existir solo menores de edad y no se encontrare ninguna persona mayor, se debe proceder como si no hubiere persona alguna en el lugar, constanding expresamente esta circunstancia. Ver: OTERO LATHROP, Miguel, *La policía frente al código procesal penal*, Ob. Cit. N° 149, p.139.

En la práctica, la notificación de la orden de ingreso y registro dice relación con la entrega de una copia de la resolución al dueño. En el caso particular del artículo 9 del CPP, respecto de los casos urgentes por los cuales se otorgue la autorización judicial por cualquier medio idóneo (particularmente respecto de toda autorización oral), el requisito *“se cumple por medio de la copia del registro policial que de constancia de la orden verbal y que debe contener las indicaciones que señala el artículo 208.”*¹⁵⁶.

El art. 214 del CPP señala que practicada la notificación, se procederá a la entrada y registro. Durante el registro se procurará no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario. El registro se practicará en un solo acto, pero podrá suspenderse cuando no fuere posible continuarlo, debiendo reanudarse apenas cesare el impedimento.

De oponer resistencia al ingreso, o de no responder los llamados, se podrá emplear la fuerza pública:

- a) Oposición al ingreso: hay moradores que físicamente impiden el ingreso al local, no bastando la mera negativa verbal. En otras palabras, cualquier reclamo de parte de los ocupantes, pero sin obstaculizar el ingreso, no habilita el uso de la fuerza pública.
- b) Nadie responde los llamados: este hecho es suficiente para habilitar el uso de la fuerza pública, debiendo limitarse a posibilitar el acceso, procurando causar el menor daño posible. Esto obliga al policía a utilizar el medio más idóneo para el fin de la investigación.

De utilizar la fuerza pública, es obligatorio para el encargado de la diligencia que, una vez terminado el registro, se adopten todas las medidas necesarias para comprobar que el lugar quede cerrado, impidiendo el acceso de terceros.

- iv. Forma de hacer el registro: el Código Procesal Penal manifiesta especial preocupación por ejecutar la medida con el menor daño y menor perturbación posible, lo que implica un especial deber de cuidado del

¹⁵⁶ Ibid. P. 138

encargado del registro. En suma, por regla general, el registro debe realizarse entre las seis y las veintidós horas, en un solo acto, y, de todo lo obrado se dejará constancia escrita y circunstanciada, entregando un recibo al propietario o encargado del lugar¹⁵⁷. Excepcionalmente, puede suspenderse el registro cuando no fuere posible continuarlo, situación que, al ser excepcional, implica una interpretación restrictiva de aquellos hechos que siendo de tal naturaleza o gravedad, hicieren imposible continuar la diligencia¹⁵⁸.

- v. Tratamiento de objetos y documentos: el artículo 216 del CPP señala que *“Los objetos y documentos que se incautaren serán puestos en custodia y sellados, entregándose un recibo detallado de los mismos al propietario o encargado del lugar”*. Este artículo debe complementarse con el artículo 221 del CPP, el cual señala que *“De toda diligencia de incautación se levantará inventario, conforme a las reglas generales. El encargado de la diligencia otorgará al imputado o a la persona que los hubiere tenido en su poder un recibo detallado de los objetos y documentos incautados.*

Los objetos y documentos incautados serán inventariados y sellados y se pondrán bajo custodia del ministerio público en los términos del artículo 188”.

Estos artículos componen principalmente dos obligaciones: la de realizar un inventario, lo cual resulta ser un formulario denominado en la práctica *“Acta de levantamiento, incautación o entrega de objetos documentos y/o instrumentos respecto del imputado”*, y la obligación de realizar un sellado de los objetos y/o documentos incautados, junto a un registro de cada encargado de su custodia, lo cual se cumple con la asignación de un número denominado N.U.E. o número único de evidencia y un inventario de registro de encargado, denominado acta de cadena de custodia.

¹⁵⁷ Esto incluye dejar constancia de todo registro positivo o negativo realizado.

¹⁵⁸ En este sentido, si la diligencia aún no concluye a las 22:00 horas, no es un hecho de gravedad que impida continuar el registro, primando el principio de no suspensión de la medida.

vi. Hallazgo casual: en Chile, la regulación de esta institución se encuentra en el artículo 215 del CPP, el cual señala que *“Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubrieran objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal”*. Para proceder, por tanto, durante un registro a la incautación de objetos que no tengan directa relación con el hecho punible objeto de la investigación, y que revistan de importancia por dar cuenta de un hecho punible distinto del aquel que constituye la materia investigada, se requiere una nueva autorización judicial. Esta norma es de vital importancia en el procedimiento, y es deber del encargado del procedimiento dar cuenta en las instrucciones a las policías. En este mismo orden, además, dichos objetos deben permitir la sospecha respecto de un hecho punible diferente, ello implica que esta sospecha deba ser fundada en un indicio que real, lógica y racionalmente permitan deducir lo anterior.

ii. Incautación, custodia y conservación de objetos y documentos.

Para Horvitz y López, la incautación *“es una medida intrusiva que afecta el derecho de propiedad del titular del bien respectivo, contemplado en el artículo 19 N° 24 CPR”*¹⁵⁹. A diferencia de la entrada y registro, esta medida solo tiene como fin asegurar evidencia que acredite el delito y la participación culpable. A efectos de distinguir las hipótesis que contempla el CPP, analizaré los casos en virtud de la existencia o no de orden judicial previa.

a) Incautación sin orden judicial.

El CPP contempla diversas situaciones respecto de las cuales no se requiere orden judicial. En primer lugar, el artículo 83 inciso 2° del CPP, obliga al personal policial experto que se encuentre en el sitio del suceso a identificar y conservar

¹⁵⁹ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I*. Ob. Cit. N°128, p. 533.

bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que hubieren servido para la comisión del delito, sus efectos o lo que sea posible utilizar como medio de prueba, dejando constancia en un registro. Por su parte, el inciso 3° obliga al personal policial no experto a recogerla en caso de que en la localidad donde ocurran los hechos no exista personal policial experto. Para estos efectos la ley no señala mayores requisitos, reiterando esta idea en el artículo 187 inciso 1°, respecto de los objetos, documentos o instrumentos que se encuentren en el sitio del suceso.

En segundo lugar, el artículo 187 inciso 2° señala que *“Si los objetos, documento e instrumentos se encontraren en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b), o se encontrare en el sitio del suceso, se podrá proceder a su incautación en forma inmediata”*. Esta norma habilita a las policías a efectuar la incautación respecto del imputado que se detuviere en virtud del artículo 83 letra b), esto es, en caso de flagrancia.

El artículo 217 del CPP, por su parte, establece una situación en que no se requiere autorización judicial respecto de los objetos y documentos que se encuentren en poder del imputado: cuando los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba estén en poder del imputado y éste los entregue voluntariamente.

b) Incautación con orden judicial.

El artículo 217 del CPP señala que los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

Por su parte, el artículo 217 inciso 2° señala que, respecto de aquellos objetos y documentos que se encuentren en poder de un tercero, es decir, una persona distinta al imputado, el juez puede apercibirla (sustituyendo la orden judicial de incautación por un apercibimiento) para que la entregue, rigiendo los medios de coerción previstos para los testigos. De no hacerlo, el juez aplicará las medidas de coerción aplicables a los testigos renuentes, con excepción de las personas a quienes la ley concede la facultad de no prestar declaración.

En tercer lugar, el artículo 217 inciso 3° se refiere a aquellos objetos y documentos que se encuentran en lugar cerrado, para lo cual se remite a la regulación de la entrada y registro. Es decir, en estos casos, no basta autorización para la incautación, sino que se requiere autorización judicial respecto de las tres medidas: entrada, registro e incautación.

Respecto del deber de inventario, el artículo 221 del CPP nos señala que toda diligencia de incautación debe constar a través de un inventario, el que estará a cargo del encargado de la diligencia, entregando un recibo al imputado o a quién hubiere tenido los objetos y documentos incautados en su poder. Dichos documentos y objetos, además del inventario, serán sellados y entregados a custodia del ministerio público.

Por su parte, sobre el deber de conservación, el artículo 188 del CPP se encarga de regular este aspecto, señalando que *“Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del ministerio público, quién deberá tomar las medidas necesarias para evitar que se alteren de cualquier forma”*. Profundizando lo anterior, el inciso 2° encarga el control de la custodia al juez de garantía, a quién se puede recurrir por la inobservancia de medidas que eviten la adulteración de las especies, pudiendo adoptar todas las medidas conducentes al cumplimiento de la debida preservación e integridad de las especies recogidas. Es importante destacar que el Ministerio Público en ningún caso está facultado para delegar el deber de conservación y custodia a la policía, quién a su vez, está obligada a entregar todas las especies al fiscal, dejando expresa constancia de la oportunidad, lugar, día, hora, detalle y condiciones en

que se entregan las especies, constando además quién las recibe en la cadena de custodia.

Finalmente, el artículo 3° del artículo 188 del CPP otorga derechos a los intervinientes, señalando que *“tendrán acceso a esas especies, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia, siempre que fueren autorizados por el ministerio público o, en su caso, por el juez de garantía. El ministerio público llevará un registro especial en el que conste la identificación de las personas que fueren autorizadas para reconocerlas o manipularlas, dejándose copia, en su caso de la correspondiente autorización.”*. Por ende, para el acceso o reconocimiento a las especies, la autorización debe ser solicitada al Ministerio Público, y en caso de negarse, al juez de garantía. El Ministerio Público, en caso de permitir el acceso y pericia respecto de estas especies, debe dejar constancia a través de un registro especial en que señale la identificación de las personas autorizadas, además de la cadena de custodia en caso de ser retiradas para periciar en un lugar diferente. De esta forma, la cautela de especies permite reconstruir la cadena de responsabilidad personal que surja de un manejo indebido o inadecuado.

Por último, cabe señalar que los intervinientes o terceros pueden entablar reclamaciones o tercerías para obtener la restitución de los objetos recogidos o incautados, los cuales se tramitan ante el juez de garantía, conforme al artículo 189 del CPP. En este sentido, la resolución que acoja la reclamación se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre el objeto, pero la devolución se efectuará cuando el procedimiento haya concluido¹⁶⁰ o incluso después, si el tribunal fundadamente considera necesaria su conservación. Además, la ley dispone que se debe dejar constancia a través de fotos u otros medios de que den cuenta de la restitución o devolución del objeto y su estado, las que podrán incorporarse como medio de prueba (según los artículos 323 y 333 del CPP).

¹⁶⁰ La excepción viene dada por los delitos contra la propiedad, donde las cosas hurtadas, robadas o estafadas se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor.

iii. Retención e incautación de correspondencia.

Esta medida se ha señalado como autónoma toda vez que los adelantos técnicos hacen posible afectar la intimidad de múltiples formas, sin requerir allanar o entrometerse en aspectos privados. Propiamente, se ha ido asemejando a la medida de interceptación de comunicaciones telefónicas, pero se estudiará a continuación para comprender ciertos reparos en cuanto a su relación con la incautación precedida de allanamiento.

a) Retención e incautación de correspondencia y entrega de copias de comunicaciones.

Se regula en el artículo 218 del CPP, por medio de la cual el fiscal puede solicitar al juez autorización para proceder a la retención de correspondencia postal, telegráfica o de otro tipo, enviados o remitidos por el imputado o bajo cualquier nombre supuesto, en el caso en que motivos fundados permitan prever utilidad para la investigación. El juez debe dictar una resolución fundada para autorizar la práctica de esta diligencia. Igual autorización se puede obtener respecto de la correspondencia electrónica. A su vez, el artículo 219 del CPP establece que, a petición del fiscal, el juez de garantía puede autorizar a que las empresas de comunicación faciliten dicha correspondencia.

El fiscal debe examinar la correspondencia o envíos retenidos, y solo podrá conservar aquellos que se relacionen al hecho objeto de la investigación.

b) Prohibiciones establecidas por el CPP respecto a la incautación de correspondencia.

El CPP establece la prohibición absoluta de incautar determinados objetos o documentos a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración, entre ellas: el abogado respecto de los secretos de su cliente (art. 303 del CPP) y de las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o según lo prescrito en el artículo 303 del CPP.

Esta limitación solo rige respecto de las comunicaciones y notas que se encuentren en poder de las personas señaladas, o en las oficinas o

establecimientos donde realizan sus actividades. La excepción está dada en cuanto la persona facultada resultare imputada por el hecho investigado o se trate de documentos que pudieren caer en pena de comiso.

Frente a la inobservancia de estas normas, la sanción es la exclusión probatoria, según los artículos 220 incisos 3°, 4° y 5° del CPP.

C. La afectación de Derechos Fundamentales.

Respecto de un análisis dogmático constitucional, es menester estudiar la pugna entre la aplicación de las diligencias investigativas con los derechos fundamentales consagradas en la Constitución. Los derechos consagrados en la Constitución, como pilar fundamental de un Estado de Derecho, reconocen una delimitación y un contorno dentro del cual existe un ámbito de ejercicio, contenido, alcance y objeto de protección, pudiendo contener casos en que, con objeto de amparar otros derechos, ponderarlos o en pos del interés común, se deba restringir su goce o ejercicio. En este sentido, se *“afectará un derecho, por tanto, cuando se entra a regular aquello que le es consustancial, sin lo cual se desnaturaliza y deja de ser lo que era, bien sea de manera permanente o temporal”*.¹⁶¹ Dichos contornos son, por lo general, regulados en la misma Carta Fundamental, siendo el legislador quién realiza la ponderación de los bienes jurídicos en juego. Así, *“Derechos y límites se sitúan en un régimen de “conurrencia normativa”, en el sentido de que actúan recíprocamente”*¹⁶².

Como es reconocido, para que el ejercicio de los derechos fundamentales sea posible, estos deben estar sujetos a límites en cuanto su regulación, propio de la vida en sociedad. Delimitar un derecho *“es establecer su contenido (haz de facultades, garantías y posibilidades de actuación) y sus fronteras o límites”*¹⁶³. En este aspecto, la limitación que proviene de diligencias intrusivas al ejercicio de

¹⁶¹ ACUÑA, Paulina, *Análisis de las medidas restrictiva de los derechos fundamentales en el DL 211 y en el derecho comparado*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012.

¹⁶² NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio, ob. Cit. N°118, p. 197.

¹⁶³ NOGUEIRA, Humberto, *Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los derechos fundamentales*. Santiago, Revista Ius et Praxis, 11 (2), 2005. [En línea] <https://bit.ly/31lbTFB> [Consultado: 18.05.2019]

derechos consagrados en la Constitución se categoriza como 'ordinaria', en oposición a limitaciones 'extraordinarias', nombre que viene dado en virtud de las circunstancias de su aplicación. Dicha limitación, en nuestro ordenamiento jurídico solo puede llevarse a cabo, según lo previsto por el artículo 7 de la Constitución, por los órganos del Estado que actúen válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley. De ello se sigue que "*solo la Constitución y la ley pueden ser consideradas fuentes de limitación de los derechos fundamentales*"¹⁶⁴.

La diligencia de entrada a un domicilio y su registro implican, a priori, una intromisión a la vida privada, bien jurídico que tiene su consagración en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en sus numerales 4 y 5¹⁶⁵. El ordenamiento reconoce, indirectamente, un interés jurídicamente protegido a la vida privada y su información. En este sentido, no existe un derecho a la privacidad propiamente tal, en un sentido estricto, sino que más bien este se traduce en un conjunto de intereses, como el interés a proteger la vida privada, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, otorgando a través de ello, la protección frente a injerencias arbitrarias o abusivas. En particular, para la medida de entrada y registro, se consagra expresamente la protección a la inviolabilidad del hogar, pudiendo allanarse, abrirse o registrarse solo en formas que regule la ley.

Por su parte, la diligencia de incautación comprende la potencial afectación de una multiplicidad de derechos fundamentales. Así, es posible prever una lesión de la vida privada y la honra, la inviolabilidad del hogar y de las comunicaciones, siendo, sin embargo, esencial la afectación del derecho de propiedad del titular del bien respectivo, teniendo como fundamento asegurar la evidencia para acreditar el cuerpo del delito y verificar la participación culpable de determinadas personas

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ La Constitución asegura a todas las personas:

4°. El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

5°. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar solo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley.

respecto del ilícito por el que se realiza determinada investigación. En este sentido, el derecho a la propiedad se resguarda en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, en su numeral 24¹⁶⁶, de manera que tal derecho tiene limitaciones, obligaciones y privación según formas reguladas por la ley.

Para comprender la procedencia de la medida, frente a su limitación o colisión con otros derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional español elabora una serie de requisitos para el cumplimiento del ejercicio de estas herramientas, existiendo en un ámbito externo o formal, y un ámbito interno o de fondo¹⁶⁷.

i. Requisito externo o formal.

Dentro de este ámbito, propio de cualquier facultad habilitada normativamente, se encuentran la justificación teleológica, habilitación legal y autorización judicial motivada.

a.1) Justificación Teleológica.

La justificación teleológica se orienta hacia los fines que la norma prevé, de manera que estos deben ser legítimos y en pos del bien común, según lo cual es trascendental que revistan de relevancia social. En este sentido, dicha relevancia social se encuentra en el bien jurídico protegido del ilícito a investigar y por el cuál será practicada la diligencia intrusiva. Así, se manifiesta como requisito la *“existencia de un fin constitucionalmente legítimo: el interés público propio de la*

¹⁶⁶ “La Constitución asegura a todas las personas: 24º.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.

Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales. (...)”

¹⁶⁷ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*, México, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, N°24, 2009, [En Línea] <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968002.pdf> [Consultado: 20.05.2019], p.8

investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de los hechos relevantes para el proceso penal"¹⁶⁸.

Aquí cabe plantearse la interrogante respecto de la necesidad de fundamentar la finalidad del bien jurídico en cada diligencia intrusiva, o si es plausible presumir que toda investigación implicaría, a priori, que se lesiona un bien jurídico. En Chile, para que el ministerio público inicie una investigación, según señala el artículo 172 del CPP, se requiere de una denuncia o querrela. En particular, según manifiesta el artículo 173 del CPP, frente a la supuesta comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito los únicos requisitos de la denuncia son una comunicación directa al Ministerio Público, o bien, de una comunicación indirecta a través de los organismos señalados en el inciso segundo de dicho artículo. Por lo tanto, es perfectamente plausible que no existan fines constitucionalmente legítimos en la investigación penal, de modo tal que este requisito no es baladí, cumpliendo la función de reafirmar el carácter objetivo de la investigación y de la actuación de la Fiscalía, siendo esencial, además, para entregar un contexto de la medida lesiva de derechos fundamentales frente a su aplicación (y, particularmente, respecto a la petición jurisdiccional en caso de proceder).

a.2) Habilitación legal expresa.

Los derechos lesionados por la medida intrusiva de entrada, registro e incautación como "*Cualquier injerencia en un derecho fundamental deberá estar avalada por una norma constitucional o legal*"¹⁶⁹. En el caso, nuestra Constitución cede la privación o restricción a la ley.

Esto atiende al resguardo de ciertos elementos esenciales. En primer lugar, la publicidad que trae aparejada una norma legal, de modo que toda persona tenga fácil acceso a su contenido, asegurando, al menos en un sentido teórico, el acceso

¹⁶⁸ SANTIAGO RESOLA, Rocío, *De las diligencias de investigación en sede instructora limitativas de los Derechos Fundamentales y especial mención al principio de proporcionalidad*. Santiago, Derecho & Perspectiva, Nuevo Derecho: Creare Scientia in Ius, [En Línea] <https://bit.ly/2HY6gq4> [Consultado: 20.05.2019], p. 9

¹⁶⁹ RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ricardo, *La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliario. Presupuestos y Requisitos*. Madrid, Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: in memoriam, Vol. 2, 2001. [En línea] <https://previa.uclm.es/aidp/pdf/barbero2/37.pdf> [Consultado: 20.02.2019], p.835

de la población a la regulación. En segundo lugar, tiene un fin de sujeción, de modo que su práctica y su valoración en el proceso están sometido al imperio de la ley, siendo “*el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas*”¹⁷⁰. Por último, es el cumplimiento del mandato Constitucional en cuanto reconduce al cumplimiento de toda limitación de un derecho consagrado en la Carta Política.

a.3) Resolución judicial motivada.

El Tribunal Supremo español exige que, para restringir un derecho fundamental, debe ser un órgano jurisdiccional quién habilite la actuación de la policía, pudiendo ceder, sin embargo, ante razones de urgencia y necesidad.

En Chile, la regulación mantiene esos criterios. En el ámbito Constitucional, la motivación dice relación con el criterio de proporcionalidad, recayendo en el juez la ponderación entre el bien jurídico tutelado y la lesión del derecho fundamental, en virtud de la medida intrusiva a realizar.

De esta forma, al existir una resolución judicial, en primer lugar, se judicializa la diligencia. A priori, esto no implica la bilateralidad de la medida, pues, por lo general se suele regular, en virtud de la eficacia, como una medida unilateral. Sin embargo, se entregan posibilidades de oposición y defensa en la etapa de exclusión en la audiencia de preparación del juicio oral, donde se debatirá respecto de la licitud del medio de prueba. De esta manera, no existe propiamente indefensión, sino que se posterga el debate en virtud del éxito de la medida. Además, la fundamentación de la resolución judicial otorga certeza para las partes, dando a conocer la razonabilidad de la adopción de una medida, de manera que el juez debe formarse una cierta presunción de la existencia de un hecho con carácter de antijurídico, requiriendo, de esta forma, que la petición contenga fundamentos. Así, “*cumple en todo caso una doble finalidad: posibilita la impugnación de las decisiones de los órganos jurisdiccionales cuando no sean*

¹⁷⁰ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*, Ob. Cit. N° 167, p. 9

*acordes con los posicionamientos de las partes y evita la inseguridad jurídica que se produciría como consecuencia de una arbitraria actuación judicial*¹⁷¹

Este requisito es sobre el cual recae la manifestación de proporcionalidad, detallando el análisis de la pugna entre el derecho constitucional afectado y el interés protegido por la investigación, evidenciando la necesidad de adoptar la medida determinada, lo que evita la inseguridad jurídica de una actuación judicial arbitraria.

ii. Requisito interno o de fondo.

b.1) Apariencia antijurídica.

El juez debe formarse una presunción de que las medidas de investigación se adoptaran frente a indicios suficientes de que una persona cuyos derechos sean restringidos han cometido un hecho antijurídico determinado. En este sentido, si bien las medidas intrusivas aparentan mantener además un componente preventivo, esta interpretación debe ser rechazada respecto de la investigación penal, pues anularía las garantías del acusado y, ciertamente, importaría la restricción de derechos fundamentales de manera arbitraria.

La apariencia de antijuridicidad será uno de los principales contenidos de la solicitud que debe presentarse ante el Tribunal, de manera que, si bien no se presentarán todos los elementos probatorios, requerirá *“una sospecha objetivada en datos concretos que conduzcan a ella”*¹⁷².

b.2) Proporcionalidad en sentido general.

La proporcionalidad de la medida es, sin duda, el requisito más complejo de todos. Para determinar su cumplimiento requiere superar tres condiciones o juicios, según lo ha señalado el Tribunal Constitucional español, analizando si dicha medida *“es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y,*

¹⁷¹ Ibid., p. 10

¹⁷² Sentencia Tribunal Supremo español, Recurso Casación Rol N° 474-2004.

finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)¹⁷³. Como idea general, el fundamento de este principio establecería que “la intervención pública debe ser excepcional, lo que también implica un especial cuidado en cuanto a su intensidad y a su impacto respecto del individuo. Esta excepcionalidad exige una ponderación entre el interés público y el interés individual”¹⁷⁴.

b.2.1) Juicio de idoneidad o adecuación.

Consiste en que el medio empleado, esto es, la diligencia intrusiva, sea apropiada para el fin perseguido, es decir, que contribuya significativamente a la obtención del resultado deseado. Aplicado a la investigación en sede penal, la medida intrusiva de entrada, registro e incautación debe servir objetivamente para obtener evidencia que determine los hechos y la participación del imputado.

Esta regla, en doctrina, se subdivide en dos ideas: idoneidad teleológica, es decir, “si la medida o su finalidad son legítimas”¹⁷⁵, y, por otra parte, idoneidad técnica, “si la medida es adecuada para promover esa finalidad”¹⁷⁶. En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional chileno, de manera que el legislador “debe cuidar que las restricciones al goce de los derechos que puedan resultar de tales regulaciones encuentren justificación en el logro de fines constitucionalmente legítimos, resulten razonablemente adecuadas o idóneas y sean (...) proporcionales”¹⁷⁷.

¹⁷³ Sentencia Tribunal Constitucional español, Sala Primera, sentencia N° 207/1996. Ver en SANTIAGO RESOLA, Rocío, *De las diligencias de investigación en sede instructora limitativas de los Derechos Fundamentales y especial mención al principio de proporcionalidad*. Ob. Cit. N°168.

¹⁷⁴ ARNOLD Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, ZUÑIGA URBINA, Francisco, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Santiago, Estudios constitucionales, vol. 10, n°1, 2012. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003> [Consultado: 20.06.2019]

¹⁷⁵ DÍAZ GARCÍA, Iván, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXXVI, 2011. [En línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005 [Consultado: 14.01.2019]

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.061-08 de 17 de abril de 2008.

En primer lugar, para que la restricción de derechos fundamentales sea teleológicamente idónea, el medio empleado o el fin perseguido debe ser legítimo, esto es, tener justificación constitucional y la omisión de proscripción de su empleo. Por ende, una medida que límite derechos fundamentales cumple con esta primera idea *“si ni ella ni su finalidad están constitucionalmente prohibidas, y si su finalidad es proteger o promover el disfrute de derechos fundamentales, de bienes constitucionales, o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional”*¹⁷⁸. En segundo lugar, para ser técnicamente idónea, la medida debe ser efectivamente adecuada para promover los fines pretendidos (según la idoneidad teleológica), y, en consecuencia, la medida restrictiva debe ser realmente útil, lo cual es labor jurisdiccional según el caso concreto de aplicación. En suma, la regla de idoneidad *“es un juicio relativo a la eficacia de la medida sometida a control. La aplicación de esta regla permite evaluar si la medida constituye un medio adecuado para promover la finalidad perseguida”*¹⁷⁹. De esta forma, la concesión de la medida implica un juicio prospectivo, hacia el futuro, lo que señalaría que, para hacer más rápidas y menos onerosas las decisiones jurisdiccionales, según la información disponible en el proceso, y según lo señalado respecto del criterio Kaldor-Hicks, el juez genera una *“atribución inmediata de ganadores – perdedores”*¹⁸⁰, de manera que la concesión de la medida queda sujeta a una mayor posibilidad de error, para beneficiar la inmediatez de la medida por sobre la tramitación que se requiere durante toda investigación. Ello, sin perjuicio que, pese a la realización de un análisis en virtud de conceptos dogmático-económicos, el campo de aplicación (el proceso penal), admite como contrapartida la posibilidad de exclusión de prueba como momento de bilateralidad de la medida en la audiencia de preparación de juicio oral.

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Para más información, ver: CARRASCO, Nicolás, *La comparación interpersonal y el derecho procesal civil*. Coquimbo, Revista de derecho, Volumen 24, N° 2, [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200109> [Consultado: 19.06.2019].

El profesor Díaz García nos señala cuatro operaciones para aplicar esta regla¹⁸¹: identificar la medida a evaluar, la finalidad de dicha medida, la idoneidad teleológica y la idoneidad técnica.

- i. Identificación de la medida: diligencia intrusiva de entrada, registro e incautación. Se debe hacer uso de la normativa concreta que resulta habilitante para su prosecución.
- ii. Identificación de la finalidad de la medida: aquí se analiza el caso concreto por el cual se requiere su aplicación, para lo cual la medida es el medio para la recolección de evidencia.
- iii. Evaluación de idoneidad teleológica: Recoger evidencia por medio de la entrada, registro e incautación resulta lesivo, por lo que conviene tener un criterio estricto de procedencia, sin embargo, es, a todas luces, un medio legítimo para un fin legítimo. Debe promoverse el respeto o proscribir el daño injustificado o arbitrario a la vida privada, la intimidad, el respeto al hogar y la propiedad adaptando toda medida que exceda o abuse del derecho conferido.
- iv. Evaluación de idoneidad técnica: debe estudiarse si existen altas probabilidades de obtener el resultado. Por ejemplo, si no tenemos certeza de la aplicación exitosa de la entrada y registro, el riesgo de alertar a los sujetos investigados es un costo administrativo elevado que hace prácticamente irreplicable esta operación en el futuro, y podría conllevar la imposibilidad de adoptar otra medida. Por otro lado, podría tratarse de delitos que difícilmente dejen rastros o documentos útiles.

Como se señaló, este elemento requiere un análisis práctico de la situación concreta, y, sobre todo, una detallada fundamentación, pues es vital como resguardo desde la administración a una defensa por parte del imputado de medida arbitraria o ilegítima.

¹⁸¹ Ver en: DÍAZ GARCÍA, Iván, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*. Ob. Cit. N° 175.

b.2.2) Juicio de necesidad o subsidiaridad.

Este requisito supone un análisis comparativo entre el universo de opciones para resguardar o conseguir el fin presupuesto. En este sentido, “*supone que el medio seleccionado para alcanzar el fin no pueda ser suplido por otro igualmente eficaz, pero que no restrinja el derecho fundamental o que lo haga de una manera menos gravosa*”¹⁸². Así lo señala también el Tribunal Constitucional español, pues “*es preciso que su opción se revele objetivamente imprescindible para el aseguramiento de un bien o interés constitucionalmente relevante, lo que, trasladado al ámbito particular del proceso penal ha de habilitar a la autoridad judicial a decretar tales medidas únicamente cuando su adopción sea indispensable para asegurar la defensa del interés público que se pretende defender*”¹⁸³. Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno también, dentro del test de proporcionalidad, lo considera, toda vez que señala que “*es necesario, en primer lugar, analizar que la restricción del derecho a la honra persiga un fin legítimo; en segundo lugar, determinar que la norma resulta adecuada e idónea para alcanzar dicho fin y, por último, clarificar si la diferencia es razonable en relación con el valor del fin propuesto*”¹⁸⁴.

Para comprender esta regla, la doctrina nuevamente la divide en dos ideas: la necesidad teleológica, lo que implica “*determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación*”¹⁸⁵, y, luego, la necesidad técnica, correspondiente a “*analizar si dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales*”¹⁸⁶.

¹⁸² BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*, Ob. Cit. N° 167, p.11

¹⁸³ Sentencia Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 37/1989, en BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*, Ob. Cit. N° 167.

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional en causa Rol N° 1.463-09, de fecha 18 de agosto de 2009.

¹⁸⁵ DÍAZ GARCÍA, Iván, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*, Ob. Cit. N° 175.

¹⁸⁶ Ibid.

En primer lugar, la necesidad teleológica requiere estudiar la existencia de diligencias alternativas para lograr el fin propuesto. Para el objeto en estudio, es plausible considerar otro tipo de diligencias respecto del proceso penal, como citaciones o declaraciones, o cualquier otra que no tenga el carácter lesivo de derechos fundamentales (como oficios a instituciones públicas o privadas, por ejemplo). Por su parte, respecto a la constatación de sospechas, es importante considerar las circunstancias concretas, pues, en virtud de ello, podemos considerar como menos lesiva la interceptación telefónica, por la disminución del “*coste social*” que puede generar un allanamiento, particularmente por la privacidad de la ejecución, como también en viceversa, cuando no se tengan resultados positivos por ser necesario recolectar material documental original e irreplicable. Para el análisis de esta primera idea, es necesario constatar la existencia de medios alternativos que sean idóneos para el fin propuesto, respondiendo, en el mejor de los casos, de manera negativa. En el hipotético caso de alcanzar igualdad de eficacia entre dos medidas iguales, la segunda idea adquiere aún mayor relevancia. En este sentido, la regla de necesidad técnica es la que importa una menor injerencia respecto del goce de derechos fundamentales, por lo que, en el análisis comparativo, entre dos o más medidas igualmente eficaces debe escogerse aquella menos lesiva. Si ambas resultaran igualmente lesivas, se deberá preferir aquella que sea más eficiente, es decir, que denote menor costo para la administración.

De esta forma, ambas ideas son recíprocamente dependientes: si existe una medida menos lesiva, siendo técnicamente necesaria, dicha medida es la única posible de aplicar, pasando a ser teleológicamente necesaria. Por ello, “*la regla de necesidad es un juicio relativo a la eficiencia de la misma (capacidad para generar el menor costo en la consecución de la finalidad)*”¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Ibid.

b.2.3) Juicio de proporcionalidad en sentido estricto, prohibición de exceso o ponderación.

Este juicio consiste en comprobar que la medida no ejerce una afección excesiva sobre el derecho fundamental que se está vulnerando. Así, para Bernardo San José consistiría *“en la comprobación de que la medida restrictiva de derechos fundamentales, aun siendo idónea y necesaria, no conlleva una lesión excesiva sobre el derecho afectado, esto es, de que se da una correlación adecuada entre la intensidad del ataque al derecho y el resultado que con ello se obtiene”*¹⁸⁸, mientras que para Díaz García éste *“enjuicia la constitucionalidad de la medida sometida a control, mediante una decisión respecto de cuál de los intereses constitucionales que colisionan en el caso debe preceder al otro”*¹⁸⁹. En este aspecto, es importante realizar una ponderación *strictu sensu* respecto de los bienes jurídicos en juego y los derechos fundamentales que conllevaría lesionar. Dicha ponderación o prohibición de exceso no consta en un catálogo de derechos fundamentales, por lo que es una cuestión casuística. En este sentido, para Alexy consistiría en que *“tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”*¹⁹⁰. El Tribunal Constitucional chileno utiliza la proporcionalidad en sentido estricto como criterio destinado a la protección constitucional controlando el exceso de poder, de manera que *“si bien a la justicia constitucional le está vedado calificar el mérito de la decisión legislativa, el examen de constitucionalidad que le incumbe le exige determinar la existencia de reglas suficientemente precisas y específicas en el precepto que limita el respectivo derecho constitucional, para evitar excesiva discrecionalidad en su aplicación”*¹⁹¹.

¹⁸⁸ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*, Ob. Cit. N° 167, p.12

¹⁸⁹ DÍAZ GARCÍA, Iván, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*, Ob. Cit. N° 175.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.92.

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional causa Rol N° 1.463-09. De fecha 18 de agosto de 2009.

Para realizar la ponderación, se deben tener en cuenta factores o elementos de juicio, entre los que se expondrían: “*la gravedad de los delitos para cuya investigación se autoriza, la intensidad de los indicios de criminalidad y la duración y utilidad de la medida*”¹⁹². Con estos elementos, en el análisis debe demostrarse que “*la medida sometida a evaluación es constitucional cuando el beneficio que aquella reporta para los derechos fundamentales o bienes constitucionales que se pretende proteger o promover es superior al costo que la misma significa para el derecho fundamental afectado*”¹⁹³.

En resumen, la medida intrusiva, según el juicio de idoneidad en sentido estricto, es constitucional si:

$$\text{Medida Intrusiva Constitucional} = B * DFP > C * DFA$$

Donde B: Beneficio; DFP: Derecho Fundamental Protegido; C: Costo; DFA: Derecho Fundamental Afectado.

Este último elemento resulta la confirmación del juicio prospectivo respecto de las medidas intrusivas y su concesión judicial. Un problema que se puede vislumbrar al respecto es la recopilación de información para probar el beneficio social respecto de la medida intrusiva en comparación al costo generado al derecho fundamental afectado, sin embargo, es plausible la reducción del estándar de prueba respecto a la concesión de la medida, así como un criterio diferente por parte del persecutor para iniciar la investigación (ambos criterios comparativamente más reducidos que el estándar de “*más allá de toda duda razonable del proceso penal*”, lo que analizaremos a continuación). En segundo lugar, este principio también es consecuencia de un imperativo para la administración, el cual dice relación con la utilización eficiente de sus recursos de cara a la sociedad: la administración debe propender al beneficio social o común y

¹⁹² BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad*, Ob. Cit. N° 167., p.12

¹⁹³ DÍAZ GARCÍA, Iván, *La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales*, Ob. Cit. N° 175.

la disminución de costes desproporcionados que aumenten el costo administrativo sin repercusiones reales respecto de la potencia de la prueba.

D. La investigación en el proceso penal: una mirada desde el análisis económico del Derecho.

Históricamente, el análisis económico del Derecho se ha mantenido alejado del Proceso Penal, particularmente por la confluencia de garantías y derechos que hacen del discurso de fundamentación y del debido proceso, exigencias que se contraponen a la eficiencia, según la doctrina clásica.

Como he señalado en el capítulo I, los conceptos de debido proceso y eficiencia no son contrapuestos, sino complementarios, y los derechos y garantías distribuyen los costos del error judicial y los costos de la administración. De esta manera, el sistema procesal penal es coherente en sus fundamentos: el imputado debe ser condenado más allá de toda duda razonable, privilegiando el error tipo II por sobre el error tipo I: un inocente condenado es socialmente más lesivo que un culpable absuelto. Para ello, el discurso de fundamentación del tribunal es esencial (por lo que el proceso no es incoado para la mera resolución del conflicto, sino para la reafirmación social de la norma penal y la retribución del mal causado), mientras que, por su parte, los costos administrativos, llevados por el Ministerio Público y las Policías son elevados: los procedimientos investigativos deben respetar los derechos y garantías del imputado y cualquier extralimitación será sancionada, al menos desde el proceso, con la exclusión probatoria. Por ello, el nivel de significancia de la prueba de hipótesis es la más baja posible, no se tolera el error tipo I, o, más bien, se tolera solo dentro del mínimo posible error humano, mientras que la potencia de la prueba es llevada hasta donde la asignación de recursos sea plausible, siendo más elevada que en el proceso civil o administrativo.

El proceso penal y su construcción denotan una comprensión intrínseca respecto que las variables del error judicial y del costo de la administración son inversos, para lo cual el CPP mantiene óptimos, considerando el principio de escases de los recursos y los costos de oportunidad. Es en este sentido que el CPP incorpora una

dualidad respecto del Ministerio Público: por una parte, el deber de promover la acción penal pública cuando tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito (art. 166 inciso 2° del CPP), lo cual implica elevar el costo de la administración a la investigación de todos los delitos de los que conociere, mientras que, por otro lado, entrega control respecto del gasto de recursos a través de las instituciones del archivo provisional, la facultad para no iniciar investigación, y, particularmente, el principio de oportunidad, donde los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, para lo cual la pena mínima no debe exceder el presidio o reclusión menor ni ser un delito ejercido por funcionario público. De esta manera, se entrega un límite al aparentemente ilimitado gasto de recursos administrativos que se debe mantener en esta sede.

En esta misma línea también se incorporan ciertos deberes respecto del juez, que tienen como fin limitar el gasto de recursos administrativos, como lo es la aplicación obligatoria del procedimiento simplificado respecto de los delitos cuya pena solicitada por el Ministerio Público no exceda el presidio o reclusión menor en su grado mínimo o del procedimiento monitorio respecto de la aplicación de penas de multa.

Por último, además podemos ver una tímida muestra de la teoría de juegos -la cuál muestra un mínimo respeto a las garantías del derecho a un juicio por parte del imputado en comparación a la institución de referencia en Estados Unidos- en la aplicación del procedimiento abreviado. En este procedimiento, la colaboración activa del imputado respecto de los hechos (y la obligación de aceptarlos expresamente en el tribunal) y el ofrecimiento de la atenuante de colaboración sustancial y la solicitud de una pena menor a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo (por regla general) por parte de la Fiscalía, entregan una salida al juicio oral y un marco punitivo no susceptible de alterar por el juez, lo que puede motivar a la toma de decisiones económico-rationales en el proceso. Lo anterior, sin embargo, no es del todo aceptado por cierto sector de la doctrina.

En particular, se acusa de que el “*plea bargaining*” nortamericano, institución similar, pero no igual al juicio abreviado, por medio de la cual el fiscal negocia con el imputado a confesar la ‘*culpabilidad*’ y renunciar a su derecho a juicio a cambio de una sanción penal más indulgente, es un mecanismo aplicable en ciertos perfiles de imputados, lo que ha llevado básicamente al trato arbitrario de cierto tipo de personas¹⁹⁴. Adhiero a esta tesis respecto al sistema procesal penal estadounidense, por cuanto renunciar al juicio afecta contra el debido proceso, al igual que asumir la culpabilidad lesiona la prohibición de autoincriminación. Dicha conclusión, en abstracto, no debiese ser aplicable Chile, puesto que, de partida, la institución es limitada a un marco máximo de condena a aplicar, el imputado solo acepta los hechos, jamás la culpa, ni renuncia al juicio. De esta manera, todos los aspectos sustantivos y procesales de derecho a analizar siguen manteniéndose vigente, lo que incluye la obligación del Ministerio Público de probar y cumplir con el estándar probatorio, toda vez que no se puede condenar al acusado con su mera declaración. Con todo, en la práctica, muchos de los vicios señalados respecto del modelo estadounidense se replican. Así, según analiza Duce, “*cerca de un 80% de todos los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en 10 años (2007-2016) corresponden a procedimientos abreviados y simplificados con reconocimiento de responsabilidad*”¹⁹⁵

Todo ello sin considerar otros elementos donde principios como la celeridad procesal o una asignación óptima de recursos procesales en métodos alternativos al juicio (acuerdos reparatorios o suspensión condicional del procedimiento) dan ciertas luces de una aplicación de eficiencia procesal respetando, a lo menos, mínimos márgenes del debido proceso impuestos en este sistema. Esta afirmación, sin embargo, debe mantener los reparos propios respecto a la ausencia de juicio (para instituciones como el acuerdo reparatorio o la suspensión condicional), y en particular, a la ausencia de la discusión de los hechos (en el caso del procedimiento abreviado). En este sentido, la ausencia de la discusión de

¹⁹⁴ Ver: LANGBEIN, John, *Torture and plea bargaining*. Chicago, Universidad de Chicago, [En Línea] <http://cort.as/-K-ep> [Consultado: 20.06.2019]

¹⁹⁵ Ver: DUCE, Mauricio. *Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica*. Santiago, Universidad Diego Portales.

los hechos implicaría desconocer el fin del proceso como búsqueda de la verdad o desconocer al proceso como discurso de adecuación, por lo que es plausible considerar que por medio de estas instituciones se infringe el debido proceso, o al menos, se ve mermada la función del proceso.

Considero, sin embargo, que estas instituciones son una manifestación de la pugna entre el principio de legalidad procesal penal y el principio de oportunidad, lo que, a su vez, y como respuesta a la imposibilidad de la práctica de un principio de legalidad procesal penal absoluto (no existen los recursos administrativos para perseguir todos los delitos), entrega una respuesta eficiente dentro de los límites del debido proceso. Así, mientras la pena sea pecuniaria o existan altas posibilidades de sustitución de la pena privativa de libertad -ante simples delitos-, es plausible proceder con el principio de oportunidad y con la consecuente reducción de los costos administrativos, propendiendo a tolerar en un estrecho margen el error tipo II¹⁹⁶. Manifestación de ello es el principio de oportunidad, el procedimiento simplificado ante el Juez de Garantía, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento, e incluso el juicio abreviado. Una vez superado el margen mínimo de la pena, donde la privación de libertad será efectiva -ante crímenes-, no existen alternativas consideradas eficientes por el legislador, y se deben utilizar todos los recursos administrativos para su persecución.

Sin embargo, y siendo el objeto de estudio, me referiré a ciertos aspectos a considerar respecto a la investigación procesal penal. La investigación en el proceso penal tiene fundamento en la descripción del hecho hipotético imputado a una persona, sobre el cual se espera alguna consecuencia penal. Por ello, en la investigación, este hecho no es fijo ni delimitado, sino que es dinámico, está en cambio según el curso de la investigación.

¹⁹⁶ En su estudio, Duce señala que existen tres factores que generarían malos incentivos procesales que aumentarían este margen en la práctica: primero, los fiscales ofertan rebajas de pena tan atractivas, que los imputados prefieren aceptar los hechos en vez de discutir su inocencia; segundo, que los defensores no interactúan ni informan de manera óptima a los imputados respecto de sus alcances y consecuencias; y tercero, que no existe un real control judicial, siendo meramente formal.

La investigación es la base o la médula estructural del proceso penal, le otorga fundamentación y contexto, además de coherencia: la sucesión de actos realizados en la investigación deriva en una conclusión: el proceso penal. En este aspecto, cabe precisar si la pretensión procesal punitiva, es decir, la *“declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita del Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquel de un hecho punible”*¹⁹⁷, forma o no parte del objeto de la investigación procesal penal. La pretensión punitiva se integra por elementos subjetivos, que dicen relación con el sujeto activo (Ministerio Público o querellante), un sujeto pasivo (imputado) y un destinatario (Tribunal), y por elementos objetivos, consistiendo en la causa de pedir, que se distingue en un fundamento fáctico (el hecho punible) y el fundamento jurídico (la subsunción del hecho en una determinada norma jurídico penal), lo que asegura que el resultado de dicho proceso es una condena o absolución (calificación jurídica), y, añadido a dicha causa de pedir, una petición (en el caso del acusador, generalmente de condena para aplicar una pena o medida de seguridad).

En particular, respecto de la investigación no interesan los elementos subjetivos del sujeto activo o destinatario, mientras que, de los objetivos, no importan la fundamentación jurídica o la petición, toda vez que no juegan un rol fundamental en esta sede propiamente preliminar al juicio. Por ello, pareciera que el objeto de la investigación difiere de la pretensión punitiva.

En este sentido, sí juegan un rol fundamental el hecho punible y el sujeto pasivo, es decir, el imputado. De esta forma, en la investigación, el objeto es *“un hecho hipotético que se imputa a una persona, y sobre la base del cual se espera alguna consecuencia penal”*¹⁹⁸. Este objeto estará presente durante todo el proceso penal, por lo cual supera el mero aspecto investigativo, sin embargo, se configura y precisa en la formalización.

¹⁹⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. 2a edición. Madrid: Colex, 2007, p. 246.

¹⁹⁸ MAIER, Julio, *Derecho procesal penal. Tomo II*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1a edición, 2003, p.23

Respecto del hecho, hoy no existe consenso sobre su concepto, existiendo una teoría naturalista, que se condice con el sustrato puramente fáctico y una teoría normativa, respecto a la cual se añaden elementos jurídico-penales (particularmente del tipo penal) como correctivo a la teoría naturalista. Luego, existen corrientes que superan el mero hecho, de manera que el objeto de la investigación debe ser el hecho punible, pues es éste el que será útil respecto del proceso.

Por su parte, sobre el sujeto pasivo igualmente hay corrientes que lo distinguen plenamente del hecho (punible), mientras que hay otras que señalan que no puede existir hecho punible sin sujeto al que atribuirle participación (lo que sería propiamente un hecho atípico).

La etapa de investigación es preliminar al juicio, pero regulada legalmente, por medio de la cual el sujeto activo tiene la oportunidad, desde que toma conocimiento del hecho punible, de formarse la convicción por medio de una actividad de averiguación¹⁹⁹, de lo cual podrá decidir según su criterio si proseguir o no a su judicialización. En dicha actividad, el Ministerio Público no se encuentra limitado por las características del hecho punible conocidas en la denuncia o de oficio, sino que puede modificarlas según el correcto establecimiento de la verdad de los hechos, siempre restringido a los derechos fundamentales.

En este sentido, me inclino por señalar que, para objeto de la investigación, se debe determinar que ésta recae en el hecho punible atribuible a la participación de un imputado²⁰⁰. Es decir, esta restricción del objeto de la investigación (donde el hecho debe ser punible y respecto de la participación de un imputado), va ligada con lo señalado respecto de la normativa que dota de eficiencia y optimiza las reglas procesal-penales, particularmente en el caso del principio de oportunidad

¹⁹⁹ FALCONE, Diego, *Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal*. Coquimbo, Revista de Derecho de Coquimbo, Vol. 21 N°2, 2014. [En línea] https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200006#17 [Consultado: 05.06.2019]

²⁰⁰ Entre otras normas, podemos encontrar referencias en el Código Procesal Penal en los artículos 1 inciso 2º, art. 3, art. 7, art. 93 letra a), art. 113 letras c) y d), art. 140 letras a) y b), art. 174, art. 180 inc. 2º, art. 194, art. 229, art. 248, art. 259 letras a), b) y e) inciso final, art. 341 y art. 342 letras a) y b).

del Ministerio Público. A su vez, esto se condice y guarda armonía con la regulación del archivo provisional y la facultad de no iniciar investigación.

Por ello, entre la etapa de investigación y el proceso penal, la diferencia es que, en la primera, el objeto del proceso se construye paulatinamente, mientras que, en el proceso, el objeto se radica desde la formalización, debiendo guardar relación con la acusación a través del principio de congruencia. Mientras se vaya adquiriendo nueva información que genere alguna variación en los hechos o la participación del imputado, el objeto no se ha terminado de construir.

En virtud del dinamismo intrínseco de la investigación, es que ésta no puede ser una etapa judicializada, puesto que, ante la falta de fijación de los hechos y sujeto, se transgredirían ciertos derechos fundamentales. A su vez, el estándar de convicción del Ministerio Público²⁰¹ -propiamente determinado a través del principio de legalidad procesal penal-, a través del cual iniciará la investigación, como ente administrativo, no puede equipararse a un estándar de prueba como el de convicción más allá de toda duda razonable para condenar, puesto que elevaría las tasas de impunidad, pasa a llevar los derechos de las víctimas (tanto a su colaboración como respecto de su protección), y el mismo deber de actuación del Ministerio Público (art. 166 inciso 2º). El Ministerio Público tiene el deber de respetar las garantías y derecho de víctima e imputado, por el principio de objetividad, además de encontrarse sujeto a los artículos 6 y 7 de la Constitución (principio de legalidad de todo funcionario público), el deber de actuar imparcialmente, y el control efectuado por la administración respecto de los sumarios por formalización arbitraria²⁰².

²⁰¹ Es muy importante señalar respecto de esta aseveración, que se realiza solo con fines académicos, con oportunidad de utilizar el lenguaje y terminología empleado en el capítulo I.

²⁰² Esta posibilidad es entregada por el artículo 232 del CPP, que en su inciso final señala que “*El imputado podrá reclamar ante las autoridades del ministerio público, según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considerare que ésta hubiere sido arbitraria*”.

Por tanto, para graficar este “estándar de convicción” al que está sujeto el Ministerio Público para proceder a la investigación, es necesario recurrir a la profesora Gascón²⁰³:

Cuadro N° II: Escala de estándar probatorio según los niveles de exigencia para condenar y absolver.

Supuesto	Grado de confirmación para condena	Grado de confirmación para absolver
Supuesto 1	0,5 (exigido)	1 (tolerado)
Supuesto 2	0,5 (exigido)	0,5 (tolerado)
Supuesto 3	0,5 (exigido)	0 (tolerado)
Supuesto 4	1 (exigido)	1 (tolerado)
Supuesto 5	1 (exigido)	0,5 (tolerado)
Supuesto 6	1 (exigido)	0 (tolerado)

Al respecto, Carrasco señala que *“De esos estándares, el SP1 es contra-intuitivo porque se traduce en una condena cuando existe mayor grado de confirmación de la hipótesis de absolución. Por su parte, el estándar SP6 corresponde a una condena necesaria porque se acredita la hipótesis sin lugar a dudas y no existe grado de confirmación de la hipótesis absolutoria. Por su parte, el estándar SP3 corresponde al exigido en materia civil, donde basta para la condena un grado de confirmación intermedio y existe ausencia de confirmación de la hipótesis de inocencia²⁰⁴”*. En este sentido, como utilizamos la terminología del estándar

²⁰³ Véase: GASCÓN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, Madrid, Doxa, Vol. 28, 2005, pp. 127-139.

²⁰⁴ Véase: CARRASCO, Nicolás, *Estándar de preponderancia de prueba en Libre Competencia: ¿Cómo entender las razones que lo fundamentan?*, Santiago, VII Jornada nacional de Derecho Procesal: la prueba en los procedimientos chilenos, Universidad Católica, 2018.

probatorio solo para propósitos doctrinales, lo correcto sería señalar que la segunda columna correspondería al grado de confirmación para investigar y la tercera columna al grado de confirmación para no investigar. El Ministerio Público, en virtud de los deberes señalados, se encuentra en el Supuesto 2, toda vez que, frente a una investigación, el principio de legalidad procesal lo obliga a investigar, sin embargo, respecto a la decisión de formalizar, el estándar sería cualquiera superior al civil, toda vez que la formalización arbitraria e instrucciones internas obligarían a disminuir al mínimo cualquier supuesto o hipótesis absolutoria.

Por todo lo anterior, es plausible sostener que el estándar de convicción solicitado al Ministerio Público durante la investigación debiese variar entre un estándar menor al civil para iniciar la investigación, mientras que para judicializar (o más propiamente, formalizar), el Ministerio Público se encontraría entre el estándar civil de preponderancia probatoria y el estándar administrativo de prueba clara y concluyente, más apegado a este último en virtud de las garantías en juego y según la condena (restrictiva o no de derechos fundamentales).

Por último, es necesario mencionar ciertos elementos del derecho penal que son útiles para entender la investigación penal, lo cual permite comprender si las herramientas investigativas son solo instrumentales al proceso o si, por el contrario, pudiesen tener un carácter preventivo.

Desde la Constitución, podemos señalar, entre otras normas, las siguientes:

- i. Art. 19: *“La Constitución asegura a todas las personas:”, N°3 inciso 4°: “Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida”;*
- ii. Art. 19 N°3 inciso 7°: *La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”;*
- iii. Art. 19 N° 3 inciso 8°: *“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.”;*

- iv. Art. 19 N° 3, inciso 9° “*Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella*”.

Al respecto, existen dos fundamentos de la pena que han estado históricamente en pugna: aquellos fundamentos retributivos, respecto a los cuales, en sus ideas centrales, señalan que la culpabilidad del autor de un delito se compensa con la imposición de una pena²⁰⁵, razón por la cual la pena solo es retribución del mal causado; y aquellos fundamentos preventivos, donde la pena es considerada como un medio para el cumplimiento de ciertos intereses sociales, donde se distinguen variantes generales, donde la pena es impuesta para el cumplimiento social, o especiales, donde la pena se impone para abstraer una determinada persona que quebranta la normativa.

Las teorías absolutas o retributivas se caracterizan por atender al pasado, sancionando a una persona que ha delinquido para resarcir el derecho lesionado a través de la imposición de una pena (la negación de un derecho se castiga con la pena, que es la negación de la negación del derecho). Las teorías retributivas plantean la interrogante sobre ¿por qué punir? Para lo cual, la respuesta, es en base a los hechos y actos: el castigo del sujeto activo del hecho que reviste caracteres de delito.

Por su parte, las teorías relativas o preventivas buscan responder la pregunta de ¿para qué punir?, de modo que la respuesta viene dada a evitar la repetición del acto y los perjuicios sociales. En este aspecto, la teoría de prevención general negativa busca intimidar al sujeto activo infractor para evitar que éste cometa el ilícito, mientras que la teoría de prevención general positiva enfatiza la importancia de que la sociedad se mantenga en orden, para lo cual, al estar todos de acuerdo en conductas lesivas, el fundamento de la punibilidad radica en reafirmar la vigencia de la norma. Por último, la prevención especial negativa busca inocuizar o encerrar al infractor, y secundariamente intimidar, mientras que la prevención especial positiva busca que el infractor no cometa nuevos delitos, a través de la corrección y rehabilitación del delincuente.

²⁰⁵ ROXIN, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Editorial Reus, 1976, pp. 12 y ss.

A través de la normativa constitucional, el período histórico en que el Código Penal chileno es dictado, y las garantías que todo Estado de Derecho debe otorgar a los particulares en el marco de un debido proceso, podemos comprender que nuestro sistema penal está orientado hacia la retribución. Cada pena debe considerar un tipo penal, el Tribunal debe fallar respecto a hechos ocurridos en el pasado, el Tribunal no puede presumir de derecho la responsabilidad penal, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal otorgan escaso margen de relevancia respecto al historial del infractor penal, y la normativa procesal penal busca y pone acento en la importancia de los derechos del imputado, a modo de recordatorio de que éste es un sujeto e interviniente del proceso y del sistema, y no un objeto (como lo comprende el grueso de teorías preventivas). Para el derecho chileno, la pena es siempre una reacción ante la infracción de una norma.

En este aspecto, el fundamento de la pena como retribución corresponde a un límite del debido proceso, razón por lo cual, la investigación penal debe tener como fin la búsqueda de la verdad sobre el hecho punible y la participación culpable. Una lectura diferente, por medio de la cual, por ejemplo, las herramientas intrusivas sean conductas intimidatorias (como elemento de la teoría de la prevención general) o se realicen diligencias limitativas de derechos fundamentales para prevenir que determinados individuos que han delinquido no vuelvan a transgredir la norma (teoría de la prevención especial) pasarían a llevar principios y derechos garantizados por la Constitución. El sistema penal, como sistema restrictivo de derechos fundamentales (e impositivo de penas restrictivas de libertad) y última ratio del Estado, debe recordar el interés social que reviste todo ser humano para el sistema. Ello no quiere decir que las medidas intrusivas no tengan un efecto preventivo, sino que es mandato constitucional que tal regulación no sea para la única satisfacción de esta finalidad. Por tanto, las medidas intrusivas si mantienen efectos preventivos, por lo que analizaré como opera dentro de los factores que considera la teoría económica del delito.

Para la teoría económica del delito, la pena debe predecir el comportamiento criminal, siempre y cuando consideremos la existencia de un criminal racional

quién, al tener ciertas consideraciones amorales, es decir, una persona que “*cuidadosamente determina los medios para alcanzar fines ilegales sin ninguna restricción por la culpa o la moral internalizada*”²⁰⁶, comete ilícitos para la consecución de su propio bienestar por sobre el social. Sobre este tipo de delito, denominado racional, es plausible disuadir el comportamiento al considerar dos factores: una pena que le genere un costo mayor al delincuente que su beneficio y la probabilidad de ser descubierto y condenado. En este sentido, Cooter y Ulen señalan que “*si la multa por el desvío de \$1000 es igual a \$2000, y la probabilidad de que un delincuente sea atrapado y condenado es igual a 0.75, entonces el castigo esperado es igual a $0.75(2000) = 1500$* ”²⁰⁷.

Por lo tanto, para la teoría del delito económico racional, el fundamento de la pena es avalado por la teoría preventiva general negativa, señalando que el delincuente racional amoral escoge la gravedad del delito x que maximice su ganancia neta, la que es igual a la ganancia $y(x)$ menos el castigo esperado, dado por la función $p(x)m(x)$ según la probabilidad del monto esperado por la comisión de un delito de gravedad x .

$$\text{Castigo esperado} = \max y(x) - p(x)m(x), \text{ donde } y = y(x)^{208}$$

Donde x = gravedad del delito; p = probabilidad de castigo; m = monto del castigo.

En este aspecto, el delincuente económico racional actuará hasta que su beneficio marginal (y') sea igual al costo del castigo marginal ($p'm + pm'$) esperado por el delincuente económico racional.

$$\text{Punto máximo de actuación del delincuente} = y' = p'm + pm'^{209}$$

Cooter y Ulen señalan que este modelo simplifica la realidad, lo que no afecta las predicciones cualitativamente, pero sí cuantitativamente, por lo que se requiere mayor complejidad. A través de este modelo, señalan, “*Suponemos un delincuente*

²⁰⁶ COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México DF, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1998, p. 552.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid., p. 557.

²⁰⁹ Ibid.

*informado, que conoce los costos, los beneficios y las probabilidades asociados al delito; suponemos un delincuente neutral al riesgo; y suponemos que todos los costos y beneficios del delincuente son monetarios.*²¹⁰ En este sentido, los delincuentes no están informados de manera perfecta sobre los beneficios, las probabilidades o magnitudes del castigo, no son neutrales al riesgo, los castigos o recompensas pueden no ser monetarias (Cooter y Ulen ejemplifican con la reprobación social o el prestigio).

Por lo anterior, desde el análisis económico del Derecho es plausible señalar que el fundamento de la pena sería la prevención general negativa en los casos de premeditación y para delincuentes económicos racionales. Sin embargo, para los delitos espontáneos, los delincuentes no necesariamente razonan como señala el modelo. Para este tipo de delitos, respecto del cuál se especializa el Derecho Penal como rama diversa al Derecho Privado, Cooter y Ulen proponen como meta que *“El derecho penal debe minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que causa y el costo de su prevención”*²¹¹. Por esto, el fundamento de la pena, señalarían, tendría un componente retributivo, aquel respecto del cual el costo social se interiorice en la pena para retribuir a la sociedad el mal causado, y un fundamento preventivo, aquel respecto del que el delincuente premeditado prevea que no es óptimo delinquir, y sea preferible su disuasión.

Mis consideraciones al respecto mantienen que, durante el proceso penal, y particularmente, respecto del juicio oral, se debe seguir al máximo el respeto de garantías procesales, según se señaló previamente, lo que tiene directa relación con el fundamento retributivo de la pena, toda vez que la restricción de libertad es considerada sobre delitos más gravosos para la sociedad²¹². En ese sentido, procesalmente no se pueden efectuar consideraciones más o menos eficientes sobre esta etapa, toda vez que se ha superado la fase de prevención, y solo corresponde la asignación del costo que ha sufrido la sociedad en una pena

²¹⁰ Ibid., p. 558.

²¹¹ Ibid., p. 561

²¹² En el sistema chileno, todo delito al que se le asigne la pena de crimen mantendría el límite respecto de donde operan factores de eficiencia (salidas alternativas, juicio abreviado, entre otros) y el respeto máximo de las garantías del debido proceso.

privativa sobre el condenado. Sin embargo, en la fase de investigación es importante mantener en consideración la disuasión óptima.

Cooter y Ulen señalan²¹³ que el delincuente se beneficia del delito, de manera que el daño neto corresponde al daño directo (d) más el daño indirecto (i) menos el beneficio reportado al delincuente (b). Por su parte, el delito ocurre con una probabilidad p, el cual depende del nivel de disuasión. Para este aspecto, Z representa los gastos administrativos para persecución (policía, prisión, fiscales, tribunales, funcionarios de salidas alternativas, cárceles, centros de reinserción, entre otros). La frecuencia del delito, p, es una función decreciente de los gastos en disuasión, con la probabilidad marginal negativa, $p' < 0$.

Por lo anterior, el costo social neto esperado del delito es:

$$\text{Costo social neto esperado} = (d + i - b)p(z) + Z$$

Esto implica que cada peso añadido a disuadir incide respecto del costo social neto esperado, por lo que todo cálculo eficiente importa que los gastos en disuasión (Z) minimicen los costos netos del delito (d+i-b), para lo que se debe considerar la disminución marginal de la probabilidad del delito (-p').

$$\text{Por ello, cada vez que } Z + 1 \text{ se debe considerar} = (d + b - i) + (-p')$$

Dentro de dicho modelo, la regulación de medidas intrusivas corresponde a un gasto mínimo (z) para la detección de ilícitos. Si consideramos su costo, implicaría marginalmente considerar el gasto de tiempo de fiscales, policías y jueces que la autoricen, considerar el costo de su aplicación errada sobre terceros y el costo directo (daño) sobre los bienes en la intervención forzada (la que debiese ser mínima según el principio de mínima intervención que consagra el CPP), por lo que su regulación óptima y la conjugación adecuada con otras instituciones, junto con los fines de su aplicación, resultan ser de enorme utilidad social, manteniendo el componente preventivo (aumenta la probabilidad de detección del delito y castigo), retributivo (tiene como fin la obtención de material probatorio) e importa un incremento marginal sobre el costo social neto esperado.

²¹³ Véase: COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Derecho y economía*, Ob. Cit. (Nº2), pp. 563 – 577.

CAPÍTULO III. LA MEDIDA INTRUSIVA DE ENTRADA, REGISTRO E INCAUTACIÓN EN LA LIBRE COMPETENCIA: DOGMÁTICA, EFICIENCIA Y NORMATIVIDAD

A. Introducción y reforma de la diligencia de entrada, registro e incautación en el DL 211

El DL 211 ha sufrido reformas significativas esta última década, siguiendo la tendencia del Derecho comparado, en que diversas legislaciones han ido reforzando paulatinamente la institucionalidad en materia de libre competencia.

Cabe precisar que, si bien las medidas intrusivas no son completamente novedosas a esta década en dicha institucionalidad, el diseño lo es, considerando una ponderación entre obtención de material y garantías de particulares.

En principio, el artículo 17 del Decreto Ley 211 de fecha 22 de diciembre de 1973, señala que:

“La comisión Resolutiva supervigilará la adecuada aplicación de las normas de la presente ley y el correcto desempeño de los organismos que establece e impartirá las instrucciones generales a que deban sujetarse. Sus acuerdos o resoluciones serán obligatorias para las Comisiones Preventivas.

Serán deberes y atribuciones de esta Comisión:

a) Conocer, de oficio o a solicitud del Fiscal, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley e investigar respecto de ellas, con las más amplias atribuciones, incluida la de requerir el auxilio de la fuerza pública, incluso con facultad de allanamiento y descerrajamiento, la que será concedida sin más trámite (...).”

Es interesante señalar que dicha institucionalidad tenía como características una regulación autónoma, un amplio objeto, que consistía en la verificación de los hechos y participación culpable de quienes infrinjan las situaciones que constituyan infracción a la libre competencia (no adscrita a un ilícito particular), y un alto nivel de discrecionalidad, toda vez que no existía contrapeso para dicha

facultad (no hay materias de ilicitud probatoria o control judicial alguno al respecto).

Sin embargo, esta institución desapareció en la reforma que introdujo el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y la Fiscalía Nacional Económica. En este aspecto, las reformas más significativas, han recaído precisamente en las facultades del Fiscal Nacional Económico, con lo cual, durante la reforma de la Ley 20.361, promulgada el 7 de julio de 2009 (en adelante también “reforma de 2009”), potenció el rol persecutor que tenía la FNE, donde reaparecen estas herramientas investigativas reguladas según el diseño del Ministerio Público, aplicables exclusivamente para dismantelar carteles o acuerdos colusivos. En dicha reforma, igualmente se introdujeron beneficios al delator del cartel (en aplicación de la teoría de los juegos), a través del beneficio de la delación compensada.

Posteriormente, con objeto de reformar y potenciar las herramientas entregadas con la Ley 20.361, e introducir un nuevo tipo penal para sancionar las colusiones o carteles “duros”, la reforma del DL 211 llevada a cabo por la Ley 20.945, promulgada el 30 de agosto de 2016 (en adelante también “reforma de 2016”), reguló ciertos elementos de las medidas intrusivas, con objeto de potenciar su eficacia, y, particularmente, regular cómo los antecedentes recabados en sede de libre competencia podrían ser utilizados en sede penal.

A continuación, se pretende exponer, en síntesis, parte de la discusión legislativa que definió el texto legal en materia de allanamientos e incautación, y cuáles son los objetivos o fines propuestos para ello.

i. Introducción de las medidas intrusivas al DL 211.

El mensaje del proyecto presidencial de la ley 20.361 señala que *“otro eje central del proyecto es fortalecer las atribuciones que debe tener la Fiscalía Nacional Económica, en tanto órgano que investiga las conductas contrarias a la libre competencia en los mercados, particularmente en lo que dice relación con*

*aquellas herramientas para poder detectar colusiones*²¹⁴. Si bien las diligencias intrusivas no son contempladas como una característica esencial en el mensaje del proyecto, como sí lo sería la introducción de la delación compensada, se señala como modificación al artículo 39 del DL 211, agregando: “*q) Solicitar autorización del Tribunal para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la petición, proceda a entrar, registrar, allanar y descerrajar recintos públicos o privados e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de un ilícito previsto en esta ley. En el caso de investigaciones orientadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3° podrá solicitar, adicionalmente, se autorice la interceptación de toda clase de comunicaciones y se ordene que cualquier empresa que preste este servicio facilite las copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella;*”²¹⁵.

En particular, el mensaje presentado por el ejecutivo tiene ciertas características interesantes: es una medida cuyo diseño es autónomo, pues no mantiene remisiones al Código Procesal Penal; señala, como principio de la medida, la dirección exclusiva de la investigación a la FNE; la medida de entrada, registro e incautación opera respecto a todo ilícito contemplado en el DL 211, mientras que la interceptación de comunicaciones opera solo respecto de la colusión; y otorga el control de proporcionalidad y procedencia de la medida al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Para comprender, en suma, las modificaciones al proyecto, es necesario abordar ciertos puntos de la discusión legislativa. En primer lugar, respecto de la sesión 112 de fecha 02 de enero de 2007, legislatura 354, el diputado señor Ortiz manifestó que “*En lo relativo a la facultad de allanar, registrar, descerrajar e interceptar las comunicaciones, el proyecto garantiza los derechos ciudadanos al establecer como condición para el ejercicio de la misma la autorización previa del*

²¹⁴ Mensaje Proyecto ley 20.361, que modifica el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2005, sobre el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

²¹⁵ Ibid.

*tribunal*²¹⁶. En segundo lugar, y también a favor se pronunció el diputado señor Jaramillo, señalando que *“De ahí que la delación compensada (...) y la posibilidad de que la Fiscalía Nacional Económica pueda, incluso, hacer uso de la fuerza pública para allanar, descerrajar y registrar locales públicos y privados, previa autorización del tribunal, son las medidas necesarias que regularán el fiel cumplimiento de esta normativa. Ésta es una tremenda novedad dentro de los temas legislativo-judiciales”*²¹⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, en la discusión aparecieron opiniones en contra, como se manifiesta el diputado Gonzalo Arenas, quien señala que *“es excesiva la facultad establecida para entrar, registrar, allanar y descerrajar e interceptar toda clase de comunicaciones (...). Nos parece excesiva, porque se trata de una atribución que nuestra legislación establece especialmente para delitos que implican pena de cárcel, circunstancia que no se contempla para los atentados a la libre competencia. Por lo tanto, al mundo de los negocios se le está haciendo aplicable un régimen excepcional, más allá de las normas generales que establece nuestro derecho (...). En consecuencia, con esta atribución, podría darse la lógica de que la Fiscalía Nacional Económica sería el organismo que más espía en Chile, porque las sospechas de colusión existen en todos los mercados, ya que hay empresas que tienen poder para imponer precios y cuotas de producción.”*²¹⁸ A ello añadió que *“hay que sumar la opinión de la Corte Suprema, que consideraba imprudente entregar esa atribución a un tribunal contencioso económico y de composición mixta, porque no todos sus miembros eran letrados, lo que resultaba inadecuado para garantizar el respeto a los principios de un debido proceso, y que la autorización para ejercer esa atribución debía ser otorgado por un juez de garantía”*²¹⁹.

²¹⁶ Discusión en Cámara de Diputados de fecha 02 de enero de 2007. Diario de sesión en Sesión 112, Legislatura 354, discusión general. Historia de la Ley 20.361. [En línea] <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4696/> [Consultado en: 22.09.2019]

²¹⁷ Discusión en Cámara de Diputados de fecha 10 de enero de 2007. Diario de sesión en Sesión 117. Legislatura 354, discusión general. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

²¹⁸ Discusión en Cámara de Diputados de fecha 16 de enero de 2007. Diario de sesión en Sesión 119. Legislatura 354, discusión general. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

²¹⁹ Ibid.

Posterior a este debate, la Comisión de Economía propone, a través de un informe, modificar las dos primeras líneas respecto del párrafo original de las herramientas intrusivas, señalando que será atribución del Fiscal Nacional Económico “*Solicitar al tribunal siempre que exista motivo fundado para presumir que el investigado no entregará antecedentes atinentes a la investigación, autorización (...)*”²²⁰. De esta manera, se buscó equilibrar las opiniones contrarias para obtener la votación favorable.

Sin embargo, el ejecutivo, estableciendo concesiones políticas, presenta una indicación que modifica la institución significativamente al planteamiento original, el cual, con ciertas variaciones, fue aprobado para el proyecto original, quedando de la siguiente forma:

“En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

p.1) Entrar a recintos públicos y privados y, si fuere necesario, allanar y descerrajar;

p.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción.

p.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

p.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

El ejercicio de las facultades conferidas en el inciso anterior, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205,

²²⁰ Discusión en Cámara de Diputados de fecha 13 de septiembre de 2007. Informe de Comisión de Constitución en sesión 84. Legislatura 355. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

207, 208, 210, 212 a 214, 216 a 219 y 221 a 225 del Código Procesal Penal²²¹”.

Es importante notar el cambio paradigmático de la regulación propuesta: las medidas intrusivas pierden su regulación autónoma y siguen como matriz la regulación del Código Procesal Penal. Es más, incluso, durante la discusión en el Senado, se consideró agregar como tribunal habilitante de la medida al Juez de Garantía competente. De esta manera, *“el Honorable Senador señor Vásquez manifestó que la modificación que propone dice relación con un criterio de especialidad, un juez de garantía tiene mayor experiencia en este tipo de medidas que se trata de autorizar, el ejercicio de las denominadas “facultades duras”. El Honorable señor Novoa agregó que, atendido que este tipo de conductas no constituyen un delito, habría que contemplar exigencias adicionales para autorizar medidas como las señaladas en la letra p) que se propone, tendientes a poder establecer una presunción fundada de que se está cometiendo un determinado hecho.”*²²²

Cabe detenerse en este elemento en discusión. Particularmente, este análisis no tiene ningún fundamento normativo, Constitucional o legal. La regulación de medidas intrusivas, como he señalado en capítulos anteriores, en el proceso penal tiene por finalidad generar antecedentes que den cuenta de la determinación de los hechos y la participación culpable, y como efecto, incide en el factor preventivo, toda vez que es un mecanismo para el delincuente racional de determinar la probabilidad de ser atrapado, e incide en el costo social neto de todo delito. Por este motivo, establecer mayores exigencias respecto de su procedencia no permite asegurar mayores garantías (ya que sigue siendo un mecanismo unilateral, no existe posibilidad de que el sujeto sobre el que recae la medida se oponga previamente, de manera que la mayor garantía, tanto para el sujeto como para el procedimiento, sigue siendo la exclusión probatoria del material incautado). Por ello, el único efecto será aumentar costos de la administración (se requerirá

²²¹ Ibid.

²²² Discusión en el Senado, fecha 24 de marzo de 2009. Informe de Comisión de Economía en Sesión 6. Legislatura 357. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

mayor tramitación, mayor gasto de recursos empleados en utilizar otro tipo de medios para conseguir fundamentación a su solicitud y mayor gasto en tiempo).

Posteriormente, se agrega en la discusión que *“resultaría adecuado prescribir que, la autorización de estas medidas, debe estar sometida a un “doble filtro”, y en ese sentido, podría ser el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quién calificará la pertinencia de las mismas. En relación a este punto, se planteó que, de otorgarse esta calificación de mérito por el Tribunal, alguien podría entender que existe un prejuizgamiento, ante lo que el Honorable Senador señor Vásquez respondió que se trata de autorizaciones específicas, y tan así es que el proyecto original establecía que era el Presidente del referido Tribunal quién debía otorgar la autorización.”*²²³ Al respecto, el asesor del Ministerio de Economía, Carlos Rubio, formuló las siguientes observaciones: *“se mostró partidario de precisar los casos en que se pueden ejercer estas medidas; aplicar el Código Procesal Penal para el ejercicio de las mismas, y a fin de evitar un mal uso de las facultades, contemplar expresamente que sólo serán atingentes a la investigación que se esté realizando. Ello con la existencia del doble filtro propuesto por el Honorable Senador señor Vásquez, que sea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia quién autorice al Fiscal Nacional Económico, para que éste pueda solicitar la aplicación de las medidas a un Ministro de Corte de Apelaciones.”*²²⁴ Con dichas indicaciones, *“El Honorable Senador señor Novoa estuvo de acuerdo con lo planteado. Particularmente en lo relativo al “doble filtro”, estimó que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia podrá hacer una calificación de mérito y oportunidad de las medidas, y un Ministro de Corte de Apelaciones velará adecuadamente por los derechos de las personas.”*²²⁵

De esta forma, se redactó el artículo 39 n) aprobado en el proyecto, el cual durante la discusión mantuvo ciertos cambios menores, exclusivamente de redacción, estableciendo finalmente que:

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Ibid.

“n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3º, solicitar, mediante petición fundada y con la previa aprobación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

La circunstancia de haber concurrido a la aprobación referida precedentemente, no será causal de inhabilidad de los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia para conocer del proceso.

Para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo primero, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra. En la autorización, se deberá especificar con precisión, la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar.

El ejercicio de las facultades conferidas en el inciso anterior, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205, 207, 208, 209 incisos primero, segundo y tercero no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en

este último inciso; 210, 212 a 214, 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar las comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado.

Las expresiones “fiscal” o “Ministerio Público” a que hacen referencia las disposiciones del Código Procesal Penal, se entenderán hechas, para los efectos de la presente ley, al “Fiscal Nacional Económico”. Las referencias a “juez” o “juez de garantía” se entenderán efectuadas al Ministro de la Corte de Apelaciones señalado en el párrafo primero de este literal; las alusiones a “juicio oral” se entenderán al “procedimiento” y las efectuadas a “imputado” se entenderán hechas al “afectado”.

En caso que la Fiscalía no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el párrafo primero, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes.

Los resultados de las actuaciones establecidas en el inciso primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el Tribunal, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieren cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el inciso precedente, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido.

Los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades contenidas en esta letra, no podrán ser utilizados por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial.”

ii. Objetivos buscados a través de la introducción de las Medidas Intrusivas.

Durante la discusión legislativa, los principales objetivos promovidos por la introducción de las medidas intrusivas se encontraban radicados en la potencia de la prueba de la colusión. En este sentido, el Fiscal Nacional Económico vigente en el cargo a la época, señor Enrique Vergara, señalaba que los cambios propuestos decían relación con la introducción de una política para perseguir carteles. En este sentido, el Fiscal Nacional Económico apeló a los índices históricos, donde “*4 sentencias post Tribunal de Defensa de la Libre competencia, de las cuales en dos casos se acogieron los requerimientos y después fueron revocadas las sentencias por la Corte Suprema (casos Oxígeno y Documento único de salida que exigían las navieras a los exportadores), y dos rechazaron requerimiento por falta de prueba directa (combustibles e Isapres)*”.²²⁶

Por lo anterior, el reforzamiento buscado a través de esta reforma al DL 211, atienden a la conjunción entre “*las herramientas contenidas en el artículo 22 de la ley, sobre indicios y sana crítica; en el artículo 26, que contiene los fundamentos económicos, y en el artículo 39, con normas relativas a la reserva, el inicio sin comunicación a los afectados, la posibilidad de solicitar la ayuda de la Policía de Investigaciones, que no tiene en este caso más facultades que el Fiscal en esta materia, y la información a particulares*”²²⁷. Ello, señala el Fiscal Nacional Económico, resulta necesario, toda vez que “*en la normativa actual no existen facultades duras para recabar evidencia directa, y existe también dificultad de la prueba indirecta o indiciaria por paralelismo, evidencia de contactos e inexistencia de explicación racional alternativa. La Corte Suprema, por su parte, tiende a exigir prueba directa de los carteles, así ha ocurrido en la última jurisprudencia, estableciendo la necesidad de contar con prueba directa (casos de Combustibles, Isapres, Oxígeno y Asoex)*”²²⁸.

²²⁶ Segundo Informe de Comisión de Economía. Senado. Fecha 24 de marzo, 2009. Informe de Comisión de Economía en Sesión 6. Legislatura 357. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

Posteriormente, el Fiscal Nacional Económico se refirió a la introducción del programa de Delación Compensada, donde, además, señaló que para *“lograr el éxito en la implementación del programa, hay que buscar los incentivos correctos. En primer término, tiene que existir la posibilidad cierta de ser descubierto, los agentes económicos que incurren en una colusión tienen que saber que pueden ser descubiertos. Se refuerzan las facultades de la agencia, restableciendo antiguas facultades de la Comisión Resolutiva, como son el allanamiento y el descerrajamiento, y el registro e incautación, e incorporando algunas adicionales como la posibilidad de interceptación de comunicaciones, y la facilitación de copias y registros de comunicaciones. Todas estas facultades sólo pueden ejercerse previa autorización de un Ministro de la Corte de Apelaciones por resolución fundada”*²²⁹.

Por otra parte, en diversas discusiones, se señalaron las limitaciones respecto a la utilización de la información incautada, a modo de otorgarle valor únicamente en el procedimiento de Libre Competencia, buscando impedir el traslado a otros procedimientos.

En este sentido, en el Senado se señaló que *“en la Comisión llegamos a acuerdos para tratar de aprobar el proyecto de forma unánime. La información que recibimos como Concertación, y entiendo que también el Ejecutivo, fue que para aprobar las medidas intrusivas, también llamadas “facultades duras”, por ejemplo, las de interceptar llamados telefónicos, allanar, analizar los contenidos de computadores o correos electrónicos, etcétera, se nos puso como condición, entre otras, incluir esta disposición. La argumentación que se usó para quienes no estaban de acuerdo fue que de no existir esas facultades nunca se descubrirá la comisión del delito”*²³⁰. Sobre este punto, el presidente señor Novoa, manifestó que *“para darle atribuciones a una autoridad administrativa que signifiquen allanar, intervenir teléfonos y realizar gestiones propias de la autoridad judicial, se estimó conveniente que esos antecedentes solo se utilizaran en el proceso relativo a la*

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Discusión en Sala, Senado, fecha 01 de abril, 2009. Diario de Sesión 6. Legislatura 357. Discusión Particular. Se aprueba en particular con modificaciones. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

*libre competencia (...) De lo contrario, no se le habrían entregado facultades propias del Poder Judicial a una autoridad administrativa*²³¹.

De esta manera, la opinión de la diputada, señora Laura Soto, refleja muy bien la síntesis de la discusión y el objetivo de la introducción de las medidas intrusivas, señalando que *“El proyecto es un avance, toda vez que se abre a nuevas medidas, como entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, allanar y descerrajar; registrar e incautar toda clase de objetos y documentos, autorizar escuchas telefónicas, etcétera, todas acciones tendientes a probar la colusión o alza fraudulenta de precios*²³².

iii. **Reforma de las medidas intrusivas en el DL 211: Ley 20.945.**

En su proyecto, el mensaje de la Ley 20.945 señala que la reforma estudiada en el apartado i) de este subtítulo, *“incorporó a nuestra legislación herramientas que las jurisdicciones más avanzadas contemplan en el combate a la colusión, la conducta que produce los efectos más graves en contra de la libre competencia y los consumidores (...) y, en especial, las facultades de investigación que dicha ley le confirió a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) han permitido que ésta haya podido detectar conductas colusivas que merecen el más grave reproche*²³³. Respecto a la reforma planteada sobre las medidas intrusivas, se señala que el fundamento recae en que *“En la tramitación de casos de colusión iniciados por requerimiento de la FNE, fundados en las facultades especiales de investigación establecidas en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, se ha constatado el uso estratégico del reclamo establecido en el párrafo sexto de dicha disposición por parte de algunas empresas requeridas con el propósito de dilatar el procedimiento que se sigue ante el TDLC. La norma vigente carece de una regulación procesal que determine claramente un plazo de preclusión para el reclamo, los recursos que procedan en contra de la Sentencia*

²³¹ Ibid.

²³² Discusión en Cámara de Diputados. Fecha 08 de abril, 2009. Diario de Sesión en Sesión 11. Legislatura 357. Discusión única. Se rechazan modificaciones. Historia de la Ley 20.361, ob. Cit. N° 216.

²³³ Mensaje ley 20.945 que perfecciona el sistema de Defensa de la Libre Competencia, fecha 16 de marzo 2015.

del Ministro de turno de la Corte de Apelaciones, entre otros aspectos. Con el objeto de corregir estas deficiencias, se propone una regulación que se espera confiera certeza procesal tanto a los investigados como a la FNE, y que permita que el reclamo sea ejercido para el fin genuinamente concebido por el legislador.”²³⁴

El proyecto, en este sentido, pretendía la modificación del literal n) de manera que:

“i) Intercálase en su párrafo primero, entre la frase “Ministro de la Corte de Apelaciones” y “que corresponda”, la siguiente frase “de Santiago”.

ii) Intercálase un nuevo párrafo séptimo, pasando los actuales séptimo y octavo a ser octavo y noveno respectivamente:

“Acogido a tramitación el reclamo, se citará a la audiencia respectiva para el quinto día hábil. A la audiencia deberán comparecer los afectados y la Fiscalía Nacional Económica, debidamente representados, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de 10 días corridos desde la fecha en que el afectado haya tomado conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones podrá decretar de oficio o a petición de parte todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro podrá apelarse para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de quinto día, apelación que se conocerá con preferencia a otros asuntos, no procediendo la suspensión de la vista de la causa por la causal N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva el recurso de apelación no procederá recurso alguno.”

²³⁴ Ibid.

Respecto al mensaje, la E. Corte Suprema, mediante oficio, señala que *“en lo atinente a la variación que se proyecta a la letra n) del artículo 39 del Decreto Ley en referencia, consistente en puntualizar que el conocimiento y resolución de las medidas intrusivas que solicite el ministerio público radicará en un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, esta Corte insiste en que competencias como las que se menciona condice naturalmente con aquellas asignadas a los juzgados de garantía, por lo que estima adecuado que dicha instancia quede fijada en estos últimos tribunales”*²³⁵.

En este sentido, la Comisión de Economía, respondiendo indirectamente sobre el punto planteado por la E. Corte Suprema, señala que la Fiscalía Nacional Económica es quien *“reúna la evidencia relativa a la existencia de una colusión, valiéndose de las facultades especiales de investigación contempladas en el literal n) del artículo 39 de la Ley de Defensa de la Libre Competencia, o de la información brindada por medio de la delación compensada establecida en el artículo 39 bis del mismo cuerpo normativo”*.²³⁶ Además, añadió que dicha modificación tenía como fin *“facilitar el ejercicio de las facultades intrusivas de la FNE que normalmente cuentan con aprobación previa del TDLC, concentrando las solicitudes de autorización en la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que muchas veces se presentan problemas de falta de tiempo y de conocimiento de los ministros de Corte locales respecto de la materia investigada y del nivel de confidencialidad que requieren las medidas que se pretende aplicar”*²³⁷. En el mismo sentido, se pronunció expresando que *“el fin principal de la norma que modifica es establecer un plazo para que las personas investigadas interpongan reclamo contra la forma en que la FNE ha ejercido las medidas intrusivas autorizadas, porque muchas veces se han presentado varios de ellos con ánimo*

²³⁵ Oficio de la E. Corte Suprema, de fecha 28 de abril de 2015. Oficio en Sesión 20. Legislatura 363. Historia de la Ley 20.945, [En línea] <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5311/> [Consultado en: 22.09.2019]

²³⁶ Informe de Comisión de Economía. Historia de la ley 20.945, ob. Cit. N° 235.

²³⁷ *Ibíd.*

dilatorio contra una misma acción, además de permitir que la resolución recaída en este reclamo sea apelable.”²³⁸

Durante el Boletín de Indicaciones de fecha 11 de enero de 2016, se agregó respecto del tipo penal que *“En los casos en que el Fiscal Nacional Económico haya resuelto formular denuncia o querrela ante el Ministerio Público por los hechos sancionados en este artículo, deberá informar en el mismo acto al órgano persecutor la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias o de encontrarse éstas pendientes o en ejecución, debiendo remitir, a requerimiento del Ministerio Público, conjuntamente con la copia del expediente administrativo, copia de los registros y antecedentes obtenidos a partir de dichas actuaciones, para su utilización en el proceso penal.*

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, no se aplicará lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal a las copias de los registros y antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de las diligencias realizadas con autorización de un Ministro de Corte de Apelaciones.”

Posteriormente, en el siguiente Boletín de indicaciones, de fecha 20 de marzo de 2016, a través de indicaciones del Ejecutivo y Parlamentarios, se modificó el párrafo anterior, señalando que *“En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales 1 a 4 del literal n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.*

²³⁸ Ibid.

Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un Ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal.”

iv. Objetivos buscados a través de la reforma de las medidas intrusivas.

En virtud de la reforma a las medidas intrusivas en sede de libre competencia, podemos vislumbrar que el legislador fue definiendo sus objetivos en el iter del proyecto de ley y su discusión. Principalmente, el debate se inició para regular la Audiencia Única frente al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones. Sin embargo, la discusión varió en sus objetivos, como a la ampliación del objeto de las medidas intrusivas a más ilícitos anticompetitivos, la evidencia recolectada frente a situaciones penales o como evitar dobles investigaciones.

En primer lugar, el Senador señor Navarro, propone *“agregar en el párrafo tercero de la letra n) del artículo 39 del decreto ley N° 211, a continuación de la expresión “prácticas de la colusión”, la siguiente: “abuso de posición monopólica y prácticas predatorias y competencia desleal”.*²³⁹ Ello fue discutido por representantes del Ejecutivo, quienes *“hicieron presente que consideran que las facultades especiales de investigación del artículo 39 letra n), esto es, allanamiento de oficinas, incautación de documentos y computadores, interceptación de comunicaciones telefónicas, deben mantenerse limitadas para investigar colusión”*²⁴⁰, argumentando para ello que *“La naturaleza clandestina u oculta de la colusión es la que justifica la existencia de estas facultades”*²⁴¹.

En segundo lugar, el asesor del Ministerio de Economía, señor Grunberg, señala que el proyecto buscaba introducir reglas para la penalización de conductas colusivas más gravosas, por lo que, además, la modificación perseguía *“establecer normas que permitan transmitir válidamente las pruebas recolectadas*

²³⁹ Discusión en el Senado. Fecha 19 de enero de 2016. Informe de Comisión de Economía en Sesión 19. Legislatura 364. Historia de la ley 20.945, ob. Cit. N° 235.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ibid.

*en el procedimiento infraccional previo a la carpeta investigativa penal. Indicó que la información proveniente de las medidas intrusivas es crítica, por tanto se establece que se tendrán por cumplidas las disposiciones generales del artículo 9° del Código Procesal Penal cuando se hayan cumplido con las formalidades necesarias para que esas medidas se autoricen en el proceso infraccional previo*²⁴².

En tercer lugar, el Fiscal Nacional Económico en el cargo a la época, Felipe Irrarázabal *“destacó que el estándar que se utiliza para las medidas intrusivas es el del proceso penal, por tanto si se cumplen con las reglas para obtener autorización correspondiente para practicarlas, la información obtenida puede ser utilizada sin problemas en todos los procesos ulteriores, porque desde el principio se cauteló la no vulneración de garantías*²⁴³.

Por su parte, el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el cargo a la época, señor Enrique Vergara, señaló que *“es clave tener una institucionalidad especializada que funcione con un buen presupuesto, para captar a los mejores recursos humanos; evitar que esa institucionalidad haga intervenciones erradas que puedan afectar al mercado; entregarle por ley atribuciones pertinentes para investigar y perseguir carteles, lo que supone establecer facultades especiales para realizar diligencias intrusivas; y asegurar un mecanismo para que la delación compensada tenga lugar, porque se estima que la complejidad de las investigaciones relativas a las operaciones comerciales de las empresas modernas requieren la cooperación de los investigados para desentrañar los ilícitos detectados*²⁴⁴.

Posteriormente en dicha discusión del Senado, tuvo la palabra Jorge Correa Sutil, abogado asesor de la Fiscalía Nacional Económica, quién señaló algunos nuevos elementos a considerar, como que uno de los problemas que debe abordar la reforma es *“la utilización en sede penal de medios de prueba generados en sede*

²⁴² Discusión en el Senado. Fecha 18 de mayo de 2016. Informe de Comisión de Constitución en Sesión 19. Legislatura 364. Historia de la ley 20.945, ob. Cit. N° 235.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

administrativa, máxime si se consideran estándares distintos (...) se observa el problema de los estándares de resguardo de la producción y conservación de la prueba, pues en estos casos típicamente tiende a transmitirse la severidad del sistema más exigente al paralelo, lo que en la práctica importa complejizar estas diligencias en la sede infraccional”²⁴⁵, aseverando, finalmente que “el carácter técnico y complejo de las conductas colusivas hace conveniente que la investigación y el juicio sobre determinados hechos sea efectuado por órganos especializados”²⁴⁶.

Avanzada la discusión, el senador señor De Urresti planteó que la “técnica investigativa que se emplea en el proceso infraccional no cumple necesariamente con los mismos estándares de una investigación criminal válida, por tanto, las pruebas que se obtengan en el primer no necesariamente valen para la segunda. Añadió que la Fiscalía Nacional Económica investiga actores económicos que están organizados como empresas, en cambio, el Ministerio Público investiga preferentemente la actuación de personas naturales, lo que complica más la transferencia de antecedentes de un proceso a otro”²⁴⁷.

En este sentido, el Fiscal Nacional Económico señaló que “las medidas intrusivas de investigación sólo están permitidas para los casos de cartel establecidos en la letra a) del artículo 3° del decreto ley N° 211. Señaló que la ley vigente es muy estricta para permitir estas diligencias, estableciendo un sistema de doble control jurisdiccional: en primer término, la Fiscalía Nacional Económica debe comparecer ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y exponer antecedentes graves que permitan demostrar el funcionamiento de un acuerdo de ese tipo. Si ese Tribunal coincide con la apreciación de la Fiscalía, emite una autorización para que solicite la medida a un Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, quién en definitiva autoriza o deniega la diligencia”²⁴⁸.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid.

Por último, el Presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, señor Vergara, puntualizó que *“el éxito del sistema de multas (...) se basa en tres pilares: posibilidad de llevar a cabo medidas intrusivas, la amenaza de una sanción severa y la protección del primer delator”*.

B. Examen dogmático institucional de la facultad de entrada, registro e incautación en el DL 211.

Para un análisis dogmático más profundo, se realizará una distinción respecto del período de introducción de las medidas intrusivas en el Decreto Ley 211 y respecto del período de reforma.

i. Introducción de las medidas intrusivas en el modelo del Derecho de Libre Competencia actual.

La reforma de 2009, como hemos señalado, significó la introducción de una de las herramientas o instrumentos más potentes para la Fiscalía Nacional Económica, las diligencias de investigación que limitan los derechos fundamentales.

En este sentido, una de las características de esta institución, es que es ajena a los procedimientos civiles. De esta manera, excepcionalmente el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, que regula la medida prejudicial contemplada en el artículo 273 N° 2, sobre *“La exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción que se trata de entablar”*, señala que *“Si se rehúsa hacer la exhibición en los términos que indica el artículo precedente, podrá apremiarse al desobediente con multa o arresto en la forma establecida por el artículo 274, y aun decretarse allanamiento del local donde se halle el objeto cuya exhibición se pide”*. Igualmente excepcional era la regulación de esta institución en el antiguo texto del Decreto Ley 211, donde ya me remití al caso de la facultad de allanamiento y descerrajamiento de la Comisión Resolutiva, que tenía como característica adicional una escueta regulación.

Hoy, es plausible sostener que el legislador incorpora esta medida en procedimientos diversos al penal, particularmente administrativos, como en la actual ley 21.000 que crea la Comisión para el Mercado Financiero. Sin embargo,

el enfoque de estudio ha sido centrado exclusivamente en materias de Derecho Procesal Penal, y el traslado que se generó desde el Código Procesal Penal al Decreto Ley 211, primera aproximación en un procedimiento administrativo mantuvo dicha perspectiva, como también se corrobora respecto de la discusión legislativa.

La propia regulación normativa que entregaba el mensaje original de la reforma al DL 211 de 2009 era básica, y, si bien era autónoma respecto del Derecho Procesal Penal, no superó estándares mínimos para sobrevivir en su discusión, debiendo dotarse de mayores elementos de resguardo, principalmente de los derechos fundamentales y garantías en el proceso. Por ello, finalmente se terminó por recurrir a la regulación en el Código Procesal Penal como modelo, siendo incluso señalada como supletoria a través de remisión expresa para dichas diligencias. De esta forma, el texto del Decreto Ley 211 mantiene una increíble particularidad: los libros primero y segundo del Código de Procedimiento Civil son supletorios para regulación procedimental frente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mientras que la regulación de sus medidas intrusivas se remite a normas del Código Procesal Penal .

El texto contenido en el Decreto Ley N° 211 posterior a la reforma de 2009, señala en su artículo 39 letra n) que:

“En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica que indique la solicitud, proceda a:

n.1) Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;

n.2) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;

n.3) Autorizar la interceptación de toda clase de comunicaciones, y

n.4) Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella”.

Los elementos propios que señala la norma para regular la habilitación de las medidas intrusivas se pueden clasificar de la siguiente manera²⁴⁹:

- a) Casos graves y calificados de investigación.
- b) Conductas descritas en el artículo 3 letra a).
- c) El “Doble filtro” o doble control jurisdiccional.
- d) Ejecución de la medida.
- e) Antecedentes precisos y graves.
- f) Audiencia Única ante la Corte de Apelaciones.
- g) Prueba Ilícita.
- h) Hallazgo Casual.
- i) Comunicación entre las normas supletorias del Código Procesal Penal y el DL 211.

a) Casos graves y calificados de investigación.

El primer elemento que señala la norma para la habilitación de las medidas intrusivas dice relación con que la investigación debe tener por objeto un caso “grave y calificado”. Ello podría interpretarse como un primer principio de “*mínima intervención*”, por lo cual, el Fiscal Nacional Económico deberá convencer a los

²⁴⁹ Para estos efectos, se seguirá la clasificación efectuada en SILVA, Manuel, *Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, año 4, N° 7, 2015.

Tribunales encargados de autorizar la medida que la causa es de una magnitud grave y calificada. En este sentido, Silva señala que se entienden por “grave y calificado” aquellos “*casos de gran entidad e importancia, que puedan conllevar un daño al orden público económico*”²⁵⁰.

En este aspecto, esta frase tiene una estrecha vinculación con el requisito estudiado respecto al requisito de proporcionalidad para la habilitación constitucional, también denominado prohibición de exceso. De este modo, esta medida intrusiva es la *última ratio* del abanico de facultades que tiene el Fiscal Nacional Económico en la etapa preparatoria o de reunión de antecedentes sobre hechos y la participación culpable para el ilícito anticompetitivo descrito en el artículo 3 letra a) del DL 211, y su fundamentación debe señalar la magnitud o gravedad que mantiene la investigación para el resguardo de la libre competencia.

b) Conductas descritas en el artículo 3 letra a).

El artículo 3 del DL 211 describe a aquellos “*hechos, actos o convenciones que impide, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos. Quién los ejecute o celebre, individual o colectivamente, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que se puedan adoptar*”.

Particularmente, el ilícito anticompetitivo que habilita la utilización de medidas intrusivas es el señalado en la letra a), que, previo a la reforma de 2016, decía relación con “*Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación*”.

²⁵⁰ SILVA, Manuel, *Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, año 4, N° 7, 2015, p. 77.

En este sentido, se ha explicado previamente que la colusión se considera la conducta atentatoria contra la libre competencia más reprochable y grave de todas, razón que habilita o faculta la solicitud de medidas intrusivas.

c) Doble filtro o control jurisdiccional.

Una de las características propias de la regulación de las diligencias intrusivas, es la propia desconfianza que se mantiene al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en principio, según lo señalado en la discusión legislativa, por su desconocimiento en materia de garantías de derechos fundamentales o procesales respecto a eventuales requeridos o afectados. En particular, dicha primera instancia, ante el TDLC, es única dentro de la regulación de medidas intrusivas, siendo bastante particular: el análisis recae en una evaluación prejudicial sobre la investigación que realiza la FNE, y si esta cumple con requisitos suficientes para que el ilícito tenga la apariencia de colusión.

Este análisis que realiza el TDLC sobrepasa todos los niveles de la solicitud que el Ministerio Público realiza al Juez de Garantía en materias penales. El propósito de una investigación es precisamente aportar antecedentes que sustenten una acción, la que a su vez tendrá como finalidad determinar los hechos y la participación culpable de las partes. Por ende, analizar si los supuestos o líneas de investigación cumplen o no con la apariencia de un ilícito determinado excede los propósitos de un análisis prejudicial, sobre todo considerando que la investigación precisamente tiene como fin aclarar dichas dudas por parte del organismo investigador. Ni siquiera en el proceso penal, que mantiene las máximas exigencias y garantías a los intervinientes, el Juez de Garantía analiza si la investigación cumple con una apariencia de antijuridicidad penal, y, es más, incluso la propia calificación del delito puede variar hasta el juicio oral, si así lo estima el Tribunal Oral en lo Penal.

Como he señalado, la introducción del doble filtro es resultado de una negociación legislativa, y no tiene finalidad o mayor argumento que un mayor resguardo por parte de dos tribunales. En particular, parte de las mociones intentaron introducir como filtro, incluso, al juez de garantía competente, sin embargo, el problema

decía relación con que las conductas no describen un tipo penal, ni aún con la reforma de 2016, pues la habilitación de uso de medidas intrusivas opera en casos que incluso el tipo penal no contempla (carteles “blandos”). Finalmente, la discusión culminó en que el filtro respecto de las garantías fundamentales se le entregaran al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones.

El resultado de la introducción de este doble control genera una distorsión en términos de tramitación, pues, en cualquier caso, retrasa y pone en desventaja la investigación que mantiene un organismo como la Fiscalía Nacional Económica frente a un organismo como el Ministerio Público. En consecuencia, una investigación penal tiene más rapidez en causas de menor complejidad (de modo que la investigación de una estafa telefónica se puede resolver a través de medidas intrusivas en un solo día), mientras que la investigación en sede de libre competencia, cuyas causas tienen una complejidad técnica superior, se dilate en tramitación (debiendo designar tiempo a recabar antecedentes para superar dos estándares diversos, uno frente al TDLC, respecto a la apariencia de antijuridicidad de un caso que aún no está del todo construido, y otro frente al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones).

En principio, la tramitación de autorización de una medida intrusiva implicaría: (i) la presentación de una petición fundada ante el TDLC; (ii) aprobación mediante resolución fundada para autorizarla, de considerarse procedente, o de denegación, en su caso; (iii) autorización del Ministro de Turno de la Corte de Apelación. De esta manera, el doble filtro en realidad *“consiste en un caso de distribución de competencias jurisdiccionales, donde el primer control se refiere a cuestiones de admisibilidad y juicio técnico, mientras que el debido resguardo a los derechos fundamentales incumbe al Ministro de Corte de Apelaciones correspondiente, en forma primordial, pero no exclusiva”*²⁵¹. Sin embargo, Silva señala que el *“doble control jurisdiccional no ha sido entendido de este modo por el legislador ni por los órganos jurisdiccionales”*²⁵². En la práctica, el Tribunal de

²⁵¹ Ibid., p. 82. Así también BOFILL GENZSH, Jorge, *Informe en Derecho*, de fecha 9 de mayo de 2012, causa Rol 886-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 2012, p. 24-25.

²⁵² Ibid., p.81.

Defensa de Libre Competencia ha variado, desde solo analizar el cumplimiento de la apariencia de antijuridicidad anticompetitiva, a realizar un análisis de idoneidad y proporcionalidad, involucrándose igualmente en temas de garantías procesales, por lo que lo señalado por el profesor Bofill no deja de ser una distribución ideal, pero impracticable en la medida que las distribuciones no sean determinadas legalmente.

Otro de los problemas de este doble filtro jurisdiccional dice relación con la falta de competencias específicas delimitadas a cada Tribunal, de manera que la ley no especifica claramente cuál es el alcance del control del TDLC y del control de la Corte de Apelaciones.

En este sentido, y buscando interpretar la norma, Bofill señala que el TDLC debería encargarse de la verificación de los antecedentes adjetivos y materiales, particularmente respecto a los supuestos de hecho señalados en la primera parte de la disposición del artículo 39 letra n), es decir la verificación de la gravedad del caso que habilite a que en su investigación operen medidas intrusivas, y que éstas se encuentren calificadas dentro del artículo 3 letra a), particularmente en la ponderación de elementos técnicos y económicos de la causa.²⁵³ Disiento de Bofill, toda vez que la apariencia de antijuridicidad anticompetitiva, regulada como pretende el legislador, resulta un análisis excesivo para una etapa de investigación, y no se condice con el diseño del procedimiento contencioso regulado en el DL 211. Si recurrimos a un criterio únicamente dogmático, dicho análisis lo puede efectuar el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones en sede idoneidad técnica y proporcionalidad de la medida, mientras que, si recurrimos un criterio económico, el doble filtro añade costos administrativos a la investigación, que tiene entre sus finalidades la detección, sanción y prevención de carteles colusivos.

Silva, por su parte, señala que la distribución de competencias, que originalmente era el propósito del legislador, no se cumple, pues “*se trata de un doble control*

²⁵³ Así BOFILL GENZCH, Jorge, *Informe en Derecho*, ob. Cit. N°39 citado en SILVA, Manuel, *Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica*, ob. Cit., N° 251, p. 82.

jurisdiccional en el que se analiza prácticamente lo mismo y no una distribución de competencias”²⁵⁴, ello puesto que el TDLC se limita a verificar los hechos investigados, la medida requerida, el afectado, los antecedentes que fundamentan la solicitud, la normativa legal pertinente, y, si en virtud de lo expuesto, existen “**indicios** suficientes acerca de la existencia de hechos que podrían constituir una infracción a la letra a) del artículo 3”, mientras que el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones se limita a autorizar o denegar la medida según las consideraciones del TDLC y analizando someramente la solicitud de la FNE, señalando Silva que la función que tenía originalmente el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de “*velar por los derechos de los eventuales afectados, no se ha logrado (cabalmente) atendiendo a la carga laboral de las Cortes de Apelaciones o a la falta de descripción normativa que debió tener dicha tarea, entre otras posibles razones*”²⁵⁵. En este aspecto, y como bien señala Silva²⁵⁶, un doble análisis de la solicitud de la diligencia en términos similares atenta contra el principio de economía procesal, por dilatar el procedimiento de autorización, que, como toda investigación, requiere de celeridad, sin aportar elementos sustantivos al respecto.

La propuesta de Silva es que “*en la solicitud de la FNE se efectuara un análisis de los antecedentes (graves y precisos) desde la óptica del principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, demostrando la idoneidad, necesidad y la justificación de la vulneración del derecho fundamental por una DII. Luego, el TDLC efectuaría una aprobación previa teniendo a la vista, principalmente, los aspectos técnico-económicos de la solicitud y analizando si la DII es idónea y necesaria para la detección de una colusión. Finalmente, el Ministro de Corte de Apelaciones debería autorizar la DII oficiando a las policías, prestando atención de forma primordial (pero no exclusiva) a los derechos a vulnerar con la misma*”²⁵⁷. Al igual que con la propuesta del profesor Bofill, estoy en absoluto desacuerdo con lo

²⁵⁴ SILVA, Manuel, *Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica*, ob. Cit. N° 249, p. 83.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid., p. 84.

²⁵⁷ Ibid.

propuesto por Silva. El análisis que propone es ilusorio, y requiere una enorme cantidad de información que aún no será judicializada, y, es más, podría no judicializarse, implicando un gasto excesivo de recursos fiscales sin fundamento. Ello no se condice ni con los fines de la investigación anticompetitiva ni con los propósitos de la FNE como organismo administrativo.

Por otra parte, no veo razón para que el TDLC deba analizar aspectos técnicos en la investigación, cuando la propia FNE es un organismo que tiene conocimientos técnicos en materias anticompetitivas. En ese sentido, el TDLC revisará, en el procedimiento contencioso correspondiente, si sus conclusiones son acertadas, pero lo señalado por este organismo, y el deber de ponderación e idoneidad que recae sobre el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones parecen ser suficientes.

Por ello, no concuerdo con la regulación de la institución del doble filtro, y, particularmente, con el análisis de apariencia antijurídica realizada por el TDLC. En términos exclusivamente dogmáticos, en el sistema procesal penal, el Juez de Garantía no somete la solicitud a análisis exhaustivo en cada caso que el Ministerio Público la solicite, toda vez que precisamente es la falta de antecedentes lo que habilita una diligencia investigativa, mucho menos analiza la apariencia antijurídica de los hechos en la investigación, sin perjuicio de realizar un análisis en fase de idoneidad técnica de la medida y proporcionalidad, donde realiza una somera ponderación según los antecedentes que se dispongan. Por otra parte, la garantía particular del afectado frente a esta solicitud no se cautela de manera previa, frente a la solicitud, sino de manera posterior, frente a la admisibilidad probatoria, bajo la institución de la prueba ilícita, la que en sede de libre competencia encuentra su regulación en el DL 211.

Bajo esos parámetros, y, para interpretar la norma según el principio de economía procesal, apegándonos a la discusión legislativa, y alejándonos de una mera doble lectura de la solicitud bajo dos Tribunales, el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones debe realizar la cautela de garantías y derechos a vulnerar con la solicitud de una medida intrusiva. Esto implica, en principio, dos ideas: en primer

lugar, la resolución debe contener un análisis prospectivo de la medida y su éxito (labor que usualmente no es propia en el Ministro de Corte de Apelaciones); y, en segundo lugar, implica disminuir la carga probatoria de la FNE, toda vez que la única forma de determinar si la medida corresponde a una colusión, implicaría conocer ampliamente todos los supuestos de su aplicación, lo que excede la lógica de una solicitud de diligencia investigativa, en virtud de que el costo administrativo de dicha labor supera una gestión previa que tiene por fin recabar antecedentes, mientras que, como contrapartida, no se ve un incremento de garantías al afectado, quién siempre podrá reclamar por la ilicitud de la medida. Por ello, y sin entrar en un análisis económico procesal, el primer control o filtro jurisdiccional no cumple con fines dogmáticos claros, tratándose, más bien, de una concesión política.

d) Ejecución de la medida intrusiva.

El Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones se encarga de oficiar a Carabineros o a la Policía de Investigaciones para la ejecución de la diligencia. De esta manera, los funcionarios de las Policías oficiadas se encargarán de ejecutar la medida, bajo la dirección del funcionario de la Fiscalía Nacional Económica, quién, para dichos efectos, será encargado de coordinar la dirección de la investigación.

e) Antecedentes precisos y graves.

El inciso tercero del artículo 39 letra n) del DL 211, dispone que *“Para otorgar la autorización a que se refiere el párrafo primero, el Ministro de Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes **precisos y graves** acerca de la existencia de prácticas de colusión, reunidos por la Fiscalía con anterioridad a la solicitud de autorización para hacer uso de las facultades de esta letra. En la autorización, se deberá especificar con precisión la singularización de las medidas, el tiempo por el cual podrán ejercerse y las personas a las que dichas medidas pueden afectar”*.

Nuevamente se corrobora el hecho de que esta diligencia es de carácter excepcional, y, como también señala Silva²⁵⁸, la exigencia de antecedentes precisos y graves es una manifestación de los elementos constitucionales para la habilitación de medidas que afectan la esfera de derechos fundamentales de personas naturales. Silva señala que este elemento es de competencia exclusiva del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, requiriendo, de esta forma, antecedentes actuales que configuren indicios, y no presunciones. No concuerdo con tal nivel de exigencia a la FNE, como se ha señalado sostenidamente, puesto que previo a la medida, es improbable conocer todos los derechos fundamentales que se puedan afectar, mientras que tampoco es posible configurar indicios, o que la norma los solicite para su concesión, si precisamente el nivel actual de la investigación requiere de medidas que configuren mayor certeza para el órgano fiscalizador.

Este análisis, a su vez, debe ser fundado, no pudiendo exigir un nivel de antecedentes elevado en un proceso en investigación, de manera que la resolución debe considerar los antecedentes precisos y graves que consten en poder de la FNE y que presente en la solicitud, señalando, de esta manera, si a su juicio configuran indicio suficiente para su habilitación.

Posteriormente, la norma señala que se deben precisar: i) la medida; ii) el tiempo por el cual podrán ejercerse y iii) las personas a las que dichas medidas puede afectar. Al respecto, Silva incurre en un error al señalar que no sería un elemento de la esencia de la solicitud la individualización de *“su duración, ya que ello corresponde a una decisión discrecional del Ministro de Corte de Apelaciones”*²⁵⁹. Al respecto, la medida y las personas a las que dichas medidas afecten son elementos que el Tribunal no puede modificar, configurando así el objeto de la medida (sujeto pasivo) y la identidad de la medida. El tiempo, por su parte, es un elemento de la esencia de la medida que el Ministro de Turno la Corte de Apelaciones debe verificar en la solicitud. Sin perjuicio de ello, la duración en concreto es una manifestación del principio de proporcionalidad, por lo que su

²⁵⁸ Ibid., p. 85

²⁵⁹ Ibid.

exceso puede implicar el rechazo de la medida o la modificación de este factor por un período que se ajuste al fin de la diligencia investigativa, a discrecionalidad del Tribunal.

Es importante destacar que no es requisito señalar que la medida recaerá sobre una misma hipótesis de colusión, sino que, la solicitud precisamente se puede referir a una o varias líneas investigativas de colusión. En principio, ello tiene como fundamento la dificultad tanto material como técnica de distinguir diversas hipótesis colusivas, considerando que precisamente es una diligencia investigativa lo que se está solicitando, que busca o permitirá despejar dichas hipótesis. Es necesario tener especial consideración con este elemento en el análisis de hallazgo casual, puesto que la configuración de diversas líneas investigativas se encuentra dentro del marco objetivo de la investigación, y no afecta propiamente la concesión de la medida.

Luego, una segunda dificultad viene dada por el hecho de que la calificación jurídica no es materia de competencia de los Tribunales que conforman el doble filtro, sino sólo en cuanto se trate de una conducta ilícita contemplada en el artículo 3 letra a) del DL 211. Ello, de todas maneras, resulta excesivo para una sede previa, de análisis, ponderación y concesión, debiendo bastar con ser un elemento para determinar la licitud de la prueba incautada.

f) Audiencia Única ante el Ministro de Corte de Apelaciones.

El inciso sexto de la letra n) del artículo 39 del DL 211 señala que *“En caso que la Fiscalía no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto, los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones a que se refiere el párrafo primero, el que resolverá de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes”*. Silva denomina esta institución como *“acción especial de cautela de garantías, similar al artículo 10 del CPP”*²⁶⁰. En este sentido, señala que es *“especial pues se refiere a un ámbito delimitado de aplicación y de cautela de garantías ya que tiene por*

²⁶⁰ Ibid., p. 86

objeto la protección de los derechos del afectado (imputado). Además, otro punto de contacto lo constituye el procedimiento breve y sumario de aplicación”²⁶¹.

Sin embargo, Silva reconoce que se diferencia del artículo 10 del CPP en virtud de que esta acción especial de reclamación solo tiene legitimación activa respecto de los afectados por el incumplimiento de requisitos de habilitación del DL 211, y no sobre garantías judiciales, razón por la que la denomina ‘especial’. También señala que, al tener por objeto el incumplimiento de los requisitos o formalidades del párrafo cuarto (aquellos artículos de expresa remisión al CPP), solo se refieren al incumplimiento de la FNE en la dirección de la medida, y no al incumplimiento de las policías en su ejecución. Por otro lado, dicha acción no permite impugnar la decisión del Tribunal respecto a la habilitación de la medida.

En suma, esta acción mantiene un carácter especial y acotado, pero, según se analizó en la reforma de 2016, tenía como característica su falta de regulación, por cuanto no señalaba plazos de procedencia ni su regulación concreta, dejando a total discreción del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones.

g) Prueba Ilícita.

El inciso séptimo de la letra n) del artículo 39 del DL 211 regula la institución de la Prueba Ilícita, señalando que *“Los resultados de las actuaciones establecidas en el párrafo primero, no podrán ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento ante el Tribunal, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley o cuando no se hubieran cumplido los requisitos previstos para su procedencia y hubiere sido declarado así, en la forma señalada en el párrafo precedente, por el Ministro de Corte de Apelaciones allí referido”.*

El fundamento señalado por esta norma dice relación con una hipótesis de exclusión de las evidencias o material probatorio que la FNE obtuvo con inobservancia de los supuestos legales o al no cumplir los requisitos previstos por su procedencia, lo que debe ser declarado en la Audiencia Única ante el Ministro

²⁶¹ Ibid.

de Turno de la Corte de Apelaciones. Oltra señala que *“La consagración de la exclusión de la prueba ilícita como forma de otorgar tutela efectiva dentro del proceso, surge debido a la necesidad de ponderar, por un lado, el derecho a recabar prueba de quien ha obtenido el medio probatorio objetado y, por el otro, de los derechos fundamentales de aquel litigante contra el que se pretende hacer valer dicha evidencia”*²⁶².

De esta forma, es interesante estudiar cuales son las causales específicas que parece tener como fundamento la exclusión probatoria, a saber²⁶³:

- 1) Cuando la FNE no cumple con alguno de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto literal n) del artículo 39 del DL 211.

El párrafo cuarto letra n) del artículo 39 del DL 211 contiene las remisiones expresas al Código Procesal Penal, siendo requisitos habilitantes para la concesión de las medidas intrusivas. En este sentido, señala que *“El ejercicio de las facultades conferidas en el párrafo primero, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205; 207; 208; 209, incisos primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional, para los efectos previstos en este último inciso; 210; 212 a 214, 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222, del Código Procesal Penal”*. Oltra señala que el objeto de dicha remisión *“importa que la FNE deba ajustarse al estándar que se le exige al Ministerio Público”*²⁶⁴. Al respecto, me referiré a su aplicación en la letra i) de esta sección.

- 2) Cuando el desempeño o ejercicio de las actuaciones hubiere tenido lugar fuera de los supuestos establecidos en la ley.

Esta causal dice exclusiva relación con lo señalado al inicio de la letra n) del artículo 39 del DL 211, respecto a los *“casos graves y calificados de*

²⁶² OLTRA, Ignacio, *La prueba ilícita en materia de libre competencia*, Valdivia, Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXVIII, N° 2, 2015, p.173

²⁶³ Para efectos de orden y conceptualización, se seguirá la clasificación utilizada en OLTRA, Ignacio, *La prueba ilícita en materia de libre competencia*, Valdivia, Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXVIII, N° 2, 2015

²⁶⁴ *Ibid.*, p.181.

investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3”, es decir, colusión. Básicamente, es un control de calificación jurídica realizado a posteriori, lo que, en virtud del carácter técnico de la colusión, resulta del todo necesario.

- 3) En caso de no cumplir los requisitos previstos para la procedencia de las diligencias intrusivas.

La exigencia a cumplir dice relación con el doble filtro o control jurisdiccional, tanto del TDLC como del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, donde, como señalé previamente, el inciso cuarto del artículo 39 letra n) del DL 211 expresa que la resolución judicial que autorice la diligencia intrusiva debe señalar la singularización de la medida, el tiempo por el que podrán ejercerse, y las personas a las que puede afectar.

Oltra señala en este punto que *“Si, por ejemplo, le bastase a la FNE con la sola aprobación previa del TDLC, se produciría un incentivo perverso a favor de la Administración, ya que se le permitiría ejercer una diligencia que vulnera derechos fundamentales de los investigados, pero sin el control del tribunal llamado justamente a velar por ellos, lo que es de suyo intolerable”*²⁶⁵. Ello dice relación con el cumplimiento formal del doble filtro jurisdiccional.

- 4) En caso de que los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades sean utilizados por la FNE en otra investigación, sin que medie una nueva autorización judicial.

Este requisito, que regula la institución del hallazgo casual, será objeto de revisión en la letra siguiente.

El procedimiento de exclusión probatoria es igualmente una rareza, puesto que se entrega al Ministro de Turno de Corte de Apelaciones que habilitó la diligencia, en la Audiencia Única. El principal problema, previo a la reforma, es que la única regulación procedimental que mantenía esta institución señalaba que *“se resolverá*

²⁶⁵ Ibid., p.182

de forma inmediata, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes”.

Al respecto, el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones puede resolver que los antecedentes recabados no puedan ser utilizados como prueba ante el procedimiento en el TDLC. Oltra señala que *“Se trata, pues, de evitar que los jueces encargados de resolver el fondo del asunto emitan un veredicto contaminados por la influencia del material de origen ilícito.”*²⁶⁶ En cierta medida, este elemento mantiene un punto importante: en el sistema procesal penal, el Juez de Garantía se encarga, a través de la Audiencia Preparatoria de Juicio Oral, de excluir aquellos antecedentes que se obtuvieron con inobservancia de las garantías fundamentales o frente a vicios en su tramitación. Ahora bien, el problema radica, principalmente, en que esta Audiencia Única tiene lugar después de la medida, pudiendo ser tanto previo como en el proceso, lo que igualmente implica dilatar la instancia correspondiente (investigación o procedimiento). En este aspecto, parece del todo procedente que la exclusión probatoria tuviera lugar frente a un Tribunal diverso del TDLC, con motivo de no contaminar al Juez, lo que perfectamente podría implicar la inclusión de un Tribunal como la Corte de Apelaciones, sin embargo, ello debiese realizarse en una instancia posterior a la presentación del Requerimiento de la FNE, de manera que la apariencia de calificación jurídica de la medida se discuta una vez que la FNE la determine propiamente, al finalizar su investigación. Sin embargo, también puede optarse por dejar de lado la concepción de prueba ilícita como exclusión probatoria y sancionar dicha falta de garantías con la ausencia de valoración. De esta forma, el propio TDLC puede encargarse de sancionar la obtención de prueba con inobservancia de los requisitos señalados para su habilitación, a través de negar su valoración en el proceso. De alguna forma, el TDLC está familiarizado con esta regulación, a través de la institución de confidencialidad y reserva en el proceso: el TDLC conoce de todo el material, sin embargo, no puede fallar con antecedentes que tengan el carácter de confidencial, y, por tanto, se encuentren excluidos del proceso para terceros.

²⁶⁶ Ibid., p.184

Oltra igualmente señala que la reclamación del vicio de ilicitud consiste en un *“incidente especial de exclusión, y la resolución que lo falla, una sentencia interlocutoria que produce el efecto de cosa juzgada para el procedimiento seguido ante el Tribunal”*²⁶⁷. Considero que dicha acción no puede revestir el carácter de incidente, puesto que, para ser una cuestión accesoria de pronunciamiento de un Tribunal debe existir un proceso que tenga el carácter de principal, mientras que, en este caso, no lo tiene. Más bien adhiero a la postura de Silva, respecto de que es una acción especial de tutela de garantías, cuya resolución es una sentencia definitiva. En el caso de que su regulación fuera dentro del proceso, tendría efectivamente dicho carácter incidental. Igualmente sostengo que se equivoca Oltra al señalar que *“el legislador en este caso no excluyó expresamente el recurso de apelación en contra de las resoluciones que dicte el MTCA [Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones] al conocer acerca de materias en el contexto del literal n) del artículo 39, es posible sostener que aquellas serán apelables ante la Corte de Apelaciones (en adelante CA) que corresponda, conforme a las reglas generales y al principio de doble instancia consagrado en el artículo 187 del CPC”*²⁶⁸. Nuevamente, la remisión a las reglas generales del CPC se efectúa respecto del procedimiento ante el TDLC. Como dicha Audiencia Única no se regula como elemento accesorio del procedimiento principal, sino previamente, no podría ser aplicable dicha regulación, teniendo las particularidades y límites que señala el DL 211 en su artículo 39 o la remisión al Código Procesal Penal, no correspondiendo interpretar con normativa del procedimiento civil.

Sin embargo, el problema de la regulación de esta Audiencia Única es que, previo a la reforma de 2016, no existe claridad respecto de la oportunidad procesal en que se invoca. En virtud de lo señalado por Ferrada²⁶⁹ y por Oltra, el plazo máximo debía ser hasta el vencimiento del término probatorio del procedimiento ante el TDLC (en virtud de que el artículo 22 del DL 211 le otorga carácter fatal a dicho

²⁶⁷ Ibid., p.184.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ FERRADA, Francisco, *La prueba ilícita en el sistema procesal civil*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2011, p.200.

plazo), de manera que debía existir a lo menos una orden de no innovar o suspensión del procedimiento frente a su aplicación si el juicio hubiere iniciado, para, en virtud de economía procesal y no contaminar el procedimiento, poder suspender las absoluciones de posiciones y audiencias testimoniales. Ello se reguló con la reforma de 2016.

Por último, la sanción de la prueba ilícita en el procedimiento es la exclusión probatoria, esto es, la prueba no puede ser utilizada en el proceso, por lo que ningún antecedente podrá constar en el expediente electrónico.

Oltra plantea la interrogante respecto de la posibilidad de no valorar prueba que haya sido declarada lícita por el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones. En la práctica, se ha denegado la discusión respecto de un nuevo debate sobre la exclusión probatoria, sin embargo, no ha existido igual pronunciamiento sobre la valoración de la documentación incautada por medidas intrusivas.

Pese a ello, el TDLC ha dado luces respecto a admitir dicha discusión sobre valoración probatoria, no precisamente en materia de medidas intrusivas, sino respecto a otra institución, la Delación Compensada. En particular, el TDLC no está habilitado para discutir sobre su admisibilidad en virtud del artículo 39 bis del DL 211, sin embargo, en la causa rol 312-2016, caratulado "*Requerimiento de la FNE contra Fresenius y otra*", señaló, a través de la resolución de fecha 18 de noviembre de 2016, "*no ha lugar a la reposición, atendido que el legislador no ha encomendado a este Tribunal efectuar una revisión judicial del cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 39 bis del D.L. N° 211. **Lo anterior es sin perjuicio del valor probatorio que este Tribunal asigne a los antecedentes sobre los que la Fiscalía Nacional Económica otorgó el beneficio***" (el destacado es mío). En este sentido, Héctor Hernández plantea esta posibilidad en el proceso penal, señalando que considera errado señalar que "*el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura en términos tales que no solo está obligado a recibir la prueba ilícita, sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo total*

*abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar*²⁷⁰. En el procedimiento frente al TDLC no hay argumentos para pronunciarse claramente en una dirección, sin embargo, debiese bastar con los principios de la valoración de la prueba, según la sana crítica. Parece pertinente que, pese a que determinada prueba sea declarada lícita, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia mantenga absoluta libertad para determinar su valoración, conforme a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados de que disponga en el juicio.

h) Hallazgo Casual.

El artículo 39 letra n) inciso final señala que *“los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades contenidas en esta letra, no podrán ser utilizados por la Fiscalía en ninguna otra investigación, salvo que medie una nueva autorización judicial”*. Es relativamente controvertido el texto legal, toda vez que es complejo, bajo la determinación técnica, comprender qué corresponde a una investigación diferente, si consideramos que el ilícito susceptible de ser investigado es exclusivamente la colusión.

Silva señala que el hallazgo casual en materia de libre competencia opera en caso de descubrir *“antecedentes que tienen relación con hechos distintos, eventualmente constitutivos de ilícitos contra la libre competencia, en particular, colusiones”*²⁷¹. Otra, por otra parte, señala que *“la FNE está legalmente facultada para utilizar hallazgos casuales, previa autorización judicial, solo si se refieren a un conjunto determinado de hechos que se encuentren cubiertos por la configuración que haya realizado el propio órgano de la Administración en su solicitud. Pero no puede utilizarlos si se trata de conductas diferentes, o de diversos afectados en sus derechos fundamentales, incluso cuando se trate, en abstracto, de la misma conducta constitutiva de una infracción a la letra a) del artículo 3 del D.L. N°*

²⁷⁰ HÉRNANDEZ, Héctor, *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Santiago, Colección de Investigaciones jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, N° 2, 2005, p. 90.

²⁷¹ SILVA, Manuel, *Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica*, ob. Cit. N° 249, p. 87.

211²⁷². Considero que estas posturas no explican particularmente cual debiese ser la aplicación del hallazgo casual y las hipótesis que regula la norma.

Para comprender correctamente esta norma, debemos partir por el núcleo de su regulación. El hallazgo casual tiene como fundamento los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, que regulan la correcta actuación de los órganos del Estado, por lo que, para que el Fiscal Nacional Económico actúe válidamente, debe hacerlo en el ámbito de sus competencias y en la forma prescrita por la ley. Por ello, es de toda lógica que, frente a la falta de legitimación para la habilitación de medidas intrusivas, los antecedentes sean inutilizados.

Por ende, para comprender qué se entiende por "*otra investigación*", debemos señalar que investigación, según la RAE, es "*hacer diligencia para descubrir algo*", mientras que descubrir es "*destapar lo que está tapado o cubierto*". Por ende, investigar es hacer alguna diligencia tendiente a descubrir algo oculto o ignorado. Si una investigación de la FNE mantiene ciertas líneas investigativas que comprendan, de cualquier manera, los antecedentes recabados, nos encontramos en un ámbito objetivo de la aplicación de las medidas intrusivas, por lo que no podrían tratarse como hallazgo casual.

Los elementos objetivos de un requerimiento de la FNE dicen relación con las partes, el objeto y la causa. En sede de libre competencia, el objeto del requerimiento dice relación con la participación del sujeto como agente económico en un mercado determinado, actuando de manera ilícita, mientras que la causa es la petición de la FNE. Por tanto, lo importante es que el mercado sobre el cual se incautaron antecedentes, y las partes involucradas no sea sustancialmente diferente. Por ejemplo, si el mercado investigado es el farmacéutico, respecto de dos competidores coludidos, y durante el allanamiento se encuentran antecedentes de una colusión diversa, en que participa uno de los competidores con un tercero en el mercado de transportes, estaríamos frente a una hipótesis de hallazgo casual.

²⁷² OLTRA, Ignacio, *La prueba ilícita en materia de libre competencia*, ob. Cit., N° 262, p.183.

i) Comunicación entre las normas supletorias del Código Procesal Penal y el DL 211.

El inciso cuarto del artículo 39 del DL 211 señala que *“El ejercicio de las facultades conferidas en el párrafo primero, deberá sujetarse a los requisitos y formalidades establecidos en los artículos 205; 207; 208; 209, inciso primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional para los efectos previstos en este último inciso; 210; 212 a 214 y 216 a 225, salvo el inciso tercero del artículo 222 del CPP. Sin perjuicio de lo anterior, la Fiscalía no podrá interceptar comunicaciones entre el sujeto investigado y aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado”*. Por último, el inciso quinto del citado artículo 39 letra n), prescribe que *“Las expresiones “fiscal” o “Ministerio Público” a que hacen referencias las disposiciones del Código Procesal Penal, se entenderán hechas, para los efectos de la presente Ley, al Fiscal Nacional Económico. Las referencias a “juez” o “juez de garantía”, se entenderán efectuadas al Ministro de la Corte de Apelaciones señalado en el párrafo primero de este literal; las alusiones a “juicio oral” se entenderán al “procedimiento” y las efectuadas a “imputado” se entenderán hechas al “afectado”.*”

En el capítulo dos me he referido a la normativa procesal penal, por lo que analizaré las particularidades de la remisión al Código Procesal Penal de la normativa del DL 211.

1) Entrada y registro: normas generales.

En primer lugar, el primer conjunto de normas corresponde a los artículos 205; 207; 208; 209 inciso primero, segundo y tercero, no siendo aplicable la remisión de los antecedentes al fiscal regional; 210; 212 a 214 y 216 del CPP.

El artículo 205 del CPP se refiere a la entrada y registro en lugares cerrados, que, como señalé, distingue dos situaciones: el consentimiento del propietario o encargado y la negación del propietario o encargado. En el primer caso, el artículo

205 del CPP no exige autorización judicial, mientras que, en el segundo caso, las policías adoptaran medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado, mientras el fiscal solicita la autorización para proceder a la diligencia. La interrogante opera respecto al Fiscal Nacional Económico, puesto que, para ejecutar las medidas intrusivas ya se debió solicitar autorización judicial, por lo que la norma no tiene ninguna utilidad: el inciso primero y segundo se refiere al procedimiento sin autorización judicial, y el inciso segundo al procedimiento a ejecutar durante el tiempo que media entre el requerimiento voluntario de entrada de las policías y la denegación del propietario o encargado, hasta la autorización judicial, donde las Policías pueden adoptar medidas para evitar la posible fuga del imputado, lo que en libre competencia no tendrá aplicación práctica tampoco. Personalmente considero que el único elemento a tener en consideración de este artículo, tanto para la FNE como para las Policías es la consagración del principio de mínima intervención, de manera que la diligencia debe llevarse a cabo causando el menor daño (importante respecto a la incautación de documentación electrónica) y menores molestias a los ocupantes.

En este sentido, me parece importante destacar la exclusión de la regulación voluntaria de entrada y registro del estatuto de diligencias intrusivas aplicables en sede de libre competencia. La aplicación de la medida intrusiva de entrada y registro bajo consentimiento expreso del afectado no se encuentra exenta de problemática, como ocurre frente al consentimiento viciado del afectado (por ejemplo, frente a la ausencia de conocimiento del contexto general sobre el que recae la medida que debiese tener el afectado para autorizarla, donde, en sede de libre competencia, es complejo que las Policías expliquen cabalmente los antecedentes técnicos y consecuencias de la infracción investigada, sin contar los inconvenientes que ello podría generar). Por otro lado, el DL 211 contiene otro tipo de medidas que puede solicitar el Fiscal Nacional Económico (v. gr. Solicitud de antecedentes)

El artículo 207 del CPP se refiere al horario del registro, distinguiendo en lugares de libre acceso público y lugares cerrados. Al respecto, se señala que en lugares

de libre acceso no existe límite horario, mientras que en lugares cerrados el límite es entre las 06:00 y las 22:00 horas, a menos que se trate de casos urgentes en que su ejecución no admitiere demora, señalando así expresamente el motivo de la urgencia.

El artículo 208 del CPP se refiere a ciertas menciones esenciales que debiese tener la resolución del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones. Este aspecto es notoriamente deficiente respecto a la tramitación de la medida, toda vez que tanto el TDLC como el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones no utilizan en profundidad las normas a las que se remite el CPP. De esta manera, y pese a que esta norma ha tenido prácticamente nula aplicación, la remisión del artículo 208 del CPP pareciera obligar al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones al cumplimiento de las siguientes menciones esenciales en su resolución: a) el o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados; b) el nombre del funcionario que lo hubiere solicitado; c) la mención de las Policías (PDI o Carabineros) encargadas de practicar el registro; y d) el motivo del registro; mientras que se puede interpretar que son de la naturaleza: a) expresa mención de ingreso nocturno o excepcional; y b) vigencia respecto de la resolución emitida, de manera que la autorización tiene una vigencia máxima de 10 días, a menos que el Juez (Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones) señale un plazo de vigencia inferior.

El artículo 209 del CPP, por último, se refiere a la entrada y registro en lugares especiales, respecto a los cuales cabe destacar el examen de documentos reservados o lugares que puedan afectar la seguridad nacional, la autoridad o persona encargada del recinto, caso en que se informa al Ministro de Estado correspondiente y se oficiará al Fiscal Nacional Económico, manifestando su oposición. En el evento que dicho órgano tuviera autonomía constitucional, se oficiará a la autoridad máxima que corresponda. La E. Corte Suprema resolverá la controversia en caso de que el Fiscal Nacional Económico estime indispensable la realización de la diligencia. El artículo 210 del CPP, que regula el registro de lugares que gozan de inviolabilidad diplomática, no tiene mayor salvedad.

El artículo 212 del CPP regula el procedimiento para el registro, señalando que la resolución debe notificarse al dueño o encargado del lugar, invitándolo a presenciar el acto, a menos que el juez de garantía (Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, en este caso)) autorice omitir los trámites sobre la base de que ello pudiera frustrar el éxito de las diligencias. Particularmente, considero que en casos de ilícitos económicos como la colusión, que requieren de un gran volumen de antecedentes técnicos que permitan a los peritos determinar elementos de carácter económico que sustenten el requerimiento, la normativa debiese presumir que una notificación previa o la autorización del posible requerido pudiere frustrar el éxito de la diligencia. Así, por ejemplo, se ha señalado en la colusión de productos *tissue*, en la causa rol C-299-2015, “*Requerimiento de la FNE contra CMPC y otra*”, que “*Los ejecutores de la conducta eran conscientes de su ilicitud. Así lo demuestran distintas conductas llevadas a cabo por los ejecutivos quienes (...) llegaron incluso a deshacerse de computadores arrojándolos al canal San Carlos de Santiago en diciembre de 2011*”²⁷³. Se señala, igualmente, que la notificación podrá hacerse respecto de cualquier persona mayor de edad o, en caso de no haber nadie, se dejará constancia en el acta de la diligencia.

El artículo 213 del CPP señala que el Fiscal Nacional Económico podrá adoptar medidas de vigilancia “*Aun antes de que el Ministro de la Corte de Apelaciones dictare la orden de entrada y registro para evitar la substracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia*”. Nuevamente señala el caso de la fuga del imputado. Silva señala que “*A pesar de que el párrafo quinto, letra n), artículo 39 ordena cambiar el término imputado por afectado, con lo cual, en principio se podría considerar que también posee esta facultad, ello no sería posible ya que no se puede restringir la libertad ambulatoria de una persona considerando la naturaleza de las infracciones involucradas: ilícitos administrativos; no constituyen un delito penal. Por tanto, no cabe hablar de fuga, ya que no es posible proceder a la detención del infractor de una conducta colusiva*”.

²⁷³ Requerimiento de la FNE contra CMPC y Otra, en causa Rol C-299-2015, p.8

Sin embargo, el principal problema es la deficiencia de la remisión al CPP, ésta norma genera problemas interpretativos, a saber: ¿en qué momento u oportunidad el Fiscal Nacional Económico puede adoptar medidas para evitar la substracción de documentos? ¿Cuáles son los objetos de la diligencia? ¿Puede efectivamente dirigir la investigación de manera que las Policías ejecuten dichas medidas de vigilancia? No solo no existe claridad en la remisión, sino que, además, no se puede zanjar la discusión por medio de la interpretación de principios o analogías. Lo óptimo pareciera ser que dichas medidas de vigilancia puedan impetrarse solo en el ejercicio del allanamiento, para vigilar al personal que se encuentre en el edificio, o que no se muevan los objetos y documentos que se encuentren en el interior. Utilizarlas previamente podría resultar poco eficiente, toda vez que alertaría al afectado, y la propia norma hace mención que la remisión al CPP debe cumplirse para efectos de la ejecución de la medida, en tiempo presente, no de manera previa.

El artículo 214 del CPP menciona que una vez notificado según el artículo 212 del CPP, se procede a la entrada y registro. De oponer resistencia al ingreso o si nadie responde a los llamados, se podrá emplear la fuerza pública, dejando constancia de ello. Se reitera el principio de mínima intervención, señalando que no se debe perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario, y se señala también la continuidad de la actuación, de manera de no ser susceptible de suspensión, excepto constare en la resolución del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, bajo previa petición de la FNE.

Por último, el artículo 216 del CPP regula el acta de constancia de la diligencia, el deber de custodiar, sellar y entregar un recibo al propietario o encargado del lugar, y, en caso de no descubrir nada sospechoso, dar testimonio de ello al interesado.

- 2) Registro e incautación de objetos y documentos que acrediten la existencia de la infracción.

Un segundo grupo de artículos a los que el DL 211 se remite en el CPP, son los artículos 217, 218, 220 y 221 del CPP, sobre registro e incautación.

El artículo 217 del CPP se refiere a la incautación de objetos y documentos, señalando que serán incautados aquellos objetos y documentos que: i) tengan relación con el hecho investigado; ii) pudieren ser objeto de la pena de comiso y iii) aquellos que pudieren servir como medios de prueba, previa orden judicial, cuando la persona no los entregare voluntariamente o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

Respecto de los objetos que pudieren ser objeto de la pena de comiso, previo a la reforma de 2016, esta letra no tiene aplicación práctica, puesto que no resulta aplicable a infracciones administrativas o del Derecho de la Libre Competencia. Posterior a la reforma, sin embargo, es plausible señalar que el Ministerio Público pudiese solicitar la pena de comiso, establecida en el artículo 31 del Código Penal, que señala *“Toda pena que se imponga por un crimen o un simple delito, lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecutó, a menos que pertenezcan a un tercero no responsable del crimen o simple delito”*. Para lo anterior, es importante la aplicación práctica, por la posibilidad de que la FNE haya devuelto dichos efectos, toda vez que, en virtud de que la información está mayormente contenida en equipos electrónicos, basta su respaldo y devolución, para evitar dilaciones en el procedimiento. En principio, la aplicación de la pena de comiso sólo podría ser solicitada por el Ministerio Público, posterior a la querrela de la Fiscalía Nacional Económica, toda vez que es una pena y no una sanción administrativa, por lo que la remisión del artículo 217 del CPP nuevamente es inaplicable considerando la naturaleza del procedimiento de libre competencia y el proceso investigativo previo de naturaleza administrativa.

El CPP pone énfasis en la entrega voluntaria, a modo de reafirmar que esta medida es la última ratio de las diligencias investigativas. Por su parte, el DL 211, contiene una regulación autónoma de solicitud de antecedentes por parte de la FNE, por lo que quedan ciertas interrogantes respecto a esta remisión: ¿la FNE puede solicitar incautación bajo orden judicial sin haber requerido voluntariamente los antecedentes?; bajo el supuesto anterior, ¿debe señalar que el requerimiento de entrega voluntaria pone en peligro el éxito de la investigación?; en caso de que

no pueda solicitar incautación bajo orden judicial sin requerir previamente o justificar su decisión, ¿da lugar a señalar que existe una infracción de las normas habilitantes, y por ende, a exclusión probatoria? Nuevamente, la remisión parece dejar dudas respecto a los requisitos que debe cumplir la FNE, y su interpretación resulta muy compleja, puesto que, por ser normativa de carácter especial que rige los procedimientos penales, no parece ser susceptible de analogía.

Luego, el inciso segundo señala que, si los objetos y documentos no están en poder del imputado sino de una persona distinta, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad, el Ministro de la Corte de Apelaciones podrá apercibirla para que los entregue, rigiendo para ello los medios de coerción previstos para los testigos. Respecto de agentes económicos complejos, particularmente empresas, puede ser completamente aplicable: muchas empresas guardan documentación en bodegas, mantienen documentación económica en consultoras, etc. Al respecto, no parece razonable solicitar la entrega de la documentación, puesto que este requisito haría perder en gran medida la eficacia de la diligencia. Por otro lado, queda la interrogante sobre como aplica esta norma: ¿es imperativa?, ¿su omisión daría lugar a exclusión probatoria en virtud de lo señalado por la prueba ilícita? A priori, pareciera ser una facultad discrecional del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, sin embargo, la norma no es clara y la remisión condiciona la legalidad de la solicitud.

El inciso final del artículo 217 del CPP reconduce al artículo 205 del CPP, señalando que, en caso de incautación de documentación en lugares cerrados, será aplicable la normativa de entrada y registro.

Luego, el artículo 218 del CPP se refiere a la incautación de correspondencia, de manera que el Fiscal Nacional Económico puede solicitar al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones autorizar, por resolución fundada, la retención de correspondencia postal, telegráfica o de otra clase, como también los envíos dirigidos al afectado o remitidos por este bajo nombre supuesto o que se presumiere emanan de él o fuese destinatario. Además, se podrá disponer de la obtención de copias o respaldos de correspondencia electrónica, debiendo fundar

la utilidad de éstos para la investigación. Por otro lado, el inciso segundo señala que el Fiscal Nacional Económico deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquellos que tuvieren relación con el hecho investigado. Luego, dispone que la conservación de los documentos se hará según lo dispuesto en el artículo 188 del CPP, mientras que todo elemento que no tenga relación con el hecho investigado será devuelto.

El artículo 188 del CPP, a su vez, es una remisión indirecta, respecto a la que el DL 211 no se hace cargo en cuanto a su lectura e interpretación. Este artículo señala que las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo custodia del Ministerio Público, quién deberá tomar medidas para evitar que se alteren. En este sentido, se genera un problema práctico. El inciso quinto del artículo 39 letra n) del DL 211 señala que las expresiones “*fiscal*” o “*ministerio público*” se entenderán hechas al “*Fiscal Nacional Económico*”, sin embargo, las cadenas de custodia no se encuentran bajo su firma necesariamente, siendo la regla general que la cadena de custodia recaiga en el funcionario de la FNE que dirige la investigación. Ello implicaría que, en estricto sentido, dicho funcionario no estaría legitimado para custodiar la documentación. Este problema es plausible de salvar si consideramos que el inciso quinto del artículo 39 letra n) del DL 211 parece dirigirse exclusivamente a las disposiciones señaladas en el inciso cuarto, mientras que el artículo 188 del CPP es remitido indirectamente por el artículo 218 del CPP, respecto a lo cual el termino Ministerio Público, se ha interpretado como la institución, Fiscalía Nacional Económica. Por otro lado, y considerando la prohibición de analogía que puede debilitar dicha interpretación, cabe señalar que el concepto “*custodiar*”, según la RAE significa “*guardar algo con cuidado y vigilancia*”, mientras que “*guardar*”, en su segunda acepción, según la RAE, significa “*poner algo donde esté seguro*”, por lo que, bajo esta lógica, ello es esperable de una institución más que de una persona o funcionario específico. Pese a lo anterior, esta norma es potencialmente conflictiva frente a un procedimiento, y requiere perfeccionarse.

El inciso segundo del artículo 188 del CPP señala que podrá reclamarse ante el Juez de Garantía por la inobservancia de las disposiciones antes señaladas, a fin de que adopte las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas. En este sentido, ¿es plausible interpretar juez de garantía como Ministro de Turno la Corte de Apelaciones?, y, particularmente, ¿es la Audiencia Única la institución a través de la cual se debe cautelar el cumplimiento de este deber de la Fiscalía Nacional Económica? Personalmente, considero que la Audiencia Única es una instancia para reclamar de ello, más dicho carácter de “única” es lo que, a su vez, hace necesario regular esta situación frente al TDLC. El deber de custodia de los documentos que tiene la FNE debiese ser resguardado doblemente: previo al requerimiento, por el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, y, posterior a éste, por el TDLC. Igual resguardo debiesen controlar ambos Tribunales frente al inciso tercero del artículo 188 del CPP, respecto al acceso de los afectados a sus documentos, para su reconocimiento o pericias, previa autorización de la FNE o del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones y TDLC, según su aplicación frente a la investigación o al proceso.

La infracción respecto a las normas sobre conservación de los documentos y objetos incautados no tiene un tratamiento sistémico, puesto que, en particular, no existen causales de expresa ilicitud probatoria por su incumplimiento. En virtud de lo anterior, se considera que su impacto recae en la valoración: la prueba recabada sobre la que se incumple la cadena de custodia o las normas de conservación disminuye la fidelidad probatoria, y, por ende, su valoración para el Tribunal, puesto que las condiciones han diferido respecto a cómo se encuentran en el lugar de los hechos. Ahora bien, dicha sanción es discutible en libre competencia. Por otro lado, ¿realmente afecta la prueba incautada que no se cumplan los requisitos óptimos de conservación? Dado que la mayor parte de documentación incautada es papel o material digital, parece muy relevante cumplir con la cadena de custodia, a efectos de evitar sospechas de alteración.

El artículo 220 del CPP, luego, señala aquellos objetos y documentos que no son susceptibles de incautarse ni entregarse bajo apercibimiento del artículo 217 del

CPP, a saber: a) comunicaciones entre imputado y personas que puedan abstenerse de declarar como testigos según parentesco o lo prescrito en el artículo 303 del CPP; b) según las notas que hubieren tomado las personas mencionadas en la letra a), sobre comunicaciones confiadas bajo circunstancia en que dicha persona este facultada a abstenerse a prestar declaración; y c) de otros objetos o documentos, o resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, sobre lo que se extendiera dicha abstención de prestar declaración. El artículo 303 del CPP extienda la limitación a las oficinas o establecimientos donde dichas personas ejercieran su profesión u oficio.

El inciso tercero del artículo 220 del CPP, por su parte, señala que dicha limitación no regirá si: i) las personas facultadas para no prestar declaración fueren afectadas por el hecho investigado; o ii) sean objetos que puedan caer en comiso por provenir de un hecho punible o, servir a la comisión del hecho punible, lo que previo a la reforma de 2016, no aplica en sede de libre competencia.

Silva señala que hay tres posibles interpretaciones: la primera es que la excepción sea sólo aplicable respecto de objetos que puedan caer en comiso, por lo que *“en el evento que se realice una investigación por parte de la FNE sobre una eventual colusión y se descubren este tipo de objetos, se deberá oficiar al Ministerio Público para que se determine si dichos objetos se relacionan con un hecho punible y, de ser así, incautarlos y entregárselos al órgano persecutor”*²⁷⁴. En segundo lugar, señala que dicha norma simplemente no tiene aplicación, pues *“si se descubren objetos o documentos vinculados con un hecho punible, la FNE no está en condiciones de determinar si tienen o no tal característica ya que no tiene por objeto la investigación de delitos penales y, por tanto, no podría incautarlos utilizando la excepción dispuesta”*²⁷⁵. Por último, señala que se podría adaptar la norma a sede de libre competencia, de manera en que se entienda a *“los objetos o documentos que pudieren caer en comiso como objetos y documentos que sirvan*

²⁷⁴ SILVA, Manuel, *Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica*, ob. Cit. N° 249, p. 92.

²⁷⁵ *Ibid.*, pp. 92-93.

*de antecedentes para descubrir otros hechos colusivos*²⁷⁶. Considero que la opción más acorde con la realidad de un organismo público y con la interpretación restrictiva que debe tener tanto la norma como sus remisiones, es la primera, de modo que cualquier objeto o documento que pueda revestir el carácter de delito debe tener el tratamiento de hallazgo casual, y se debe oficiar al organismo que tiene competencias para su persecución, que es el Ministerio Público.

En caso de dudas respecto a la procedencia de la incautación, el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones podrá ordenar, por resolución fundada, que los objetos y documentos sean puestos a su disposición, sin previo examen del Fiscal Nacional Económico o de las Policías, quién decidirá sobre su legalidad, pudiendo ordenar su devolución o entrega al Fiscal Nacional Económico.

El inciso final de este artículo vuelve a reabrir la posibilidad de que el TDLC decida no valorar los documentos incautados, señalando que, si en cualquier momento del procedimiento se constatare que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquellos comprendidos en este artículo, ellos no podrán ser valorados como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente.

Por último, el artículo 221 del CPP regula el inventario y custodia de objetos y documentos incautados. El encargado de la diligencia deberá levantar inventario y otorgar al afectado un recibo que detalle los objetos y documentos incautados. Éstos serán sellados y se pondrán bajo custodia de la Fiscalía Nacional Económica según los términos del artículo 188.

La remisión a los artículos 222 a 225 del CPP corresponde a materia de incautación de comunicaciones telefónicas, la que excede del contenido de este trabajo, por lo que no será analizada.

Como comentarios finales a estos artículos, cabe responder ciertas interrogantes. En primer lugar, el artículo 39 letra n) del DL 211 no se remite al artículo 189 del CPP, ni tampoco existe normativa respecto al tratamiento del material incautado, ¿existen tercerías sobre los objetos y documentación incautada? ¿pueden

²⁷⁶ Ibid.

terceras personas reclamar aquellos objetos recogidos o incautados? Parece del todo lógico que los intervinientes o terceros puedan solicitar restitución de aquellos objetos recogidos o incautados, mediante petición en la Audiencia Única, ante el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, o por petición ante el TDLC una vez finalizado el procedimiento, a menos que Tribunal correspondiente considerara innecesaria su conservación, ordenando a la FNE su devolución. Por su parte, y de mayor aplicación en la práctica, la FNE puede igualmente determinar de oficio que los documentos no le son de utilidad, devolviéndolos a las partes, o, igualmente, considerar las peticiones fundadas de los afectados para la devolución de los antecedentes. Normativamente, sin embargo, es necesario establecer un procedimiento administrativo de devolución y/o una tutela judicial efectiva respecto de estos antecedentes (como se establece, por ejemplo, en el Código Tributario y el procedimiento por vulneración de derechos respecto de antecedentes que mantiene el Servicio de Impuestos Internos), o, en subsidio, establecer la posibilidad de remisión a las normas de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, la que, en virtud de que el estatuto supletorio de las medidas intrusivas es el Código Procesal Penal, no sería, a priori, aplicable.

En segundo lugar, respecto de las notificaciones que señala el Código Procesal Penal que se deben hacer al afectado por una medida intrusiva, no se señala un régimen general o la calidad de las notificaciones. En virtud de que la FNE actúa como organismo administrativo, dicho vacío se ha integrado en virtud de la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, el que en su artículo 46 inciso primero señala que *“Las notificaciones se harán por escrito, mediante carta certificada dirigida al domicilio que el interesado hubiere designado en su primera presentación o con posterioridad”*, respecto a lo cual debe considerarse la carta certificada como el medio idóneo. Se debe notificar, según la norma señala, al encargado o propietario del lugar, y en el domicilio objeto de la medida. Sin embargo, y tal como señalo en el párrafo anterior, lo ideal sería una remisión normativa a este estatuto como el régimen supletorio, en lugar del Código Procesal Penal.

En conclusión, y señalando el aspecto netamente dogmático, la remisión al estatuto penal de la regulación de las medidas intrusivas resulta engorroso y genera muchas incertidumbres que podrían restar eficacia y entorpecer la acción de la Fiscalía Nacional Económica. Como he analizado, incluso es compleja la mera interpretación, por tener un carácter doblemente restrictivo: la remisión a un cuerpo normativo diverso, y que dicho cuerpo normativo conlleva la lesión de derechos fundamentales, señalando así, el Código Procesal Penal, en su artículo 5° inciso final que “*Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”. Por ello, resulta fundamental emplear y generar un estatuto propio respecto de la aplicación de las medidas intrusivas, que considere los principios y características del modelo de defensa de la libre competencia, particularmente, los aspectos procesales estudiados en el primer capítulo, y que tengan como normativa supletoria la ley N° 19.880 de procedimiento administrativo, o sus principios.

ii. Reforma de las medidas intrusivas e introducción de la colusión como tipo penal.

El artículo 39 letra n) del DL 211 sufrió dos cambios durante la reforma de 2016, que buscó perfeccionar el sistema de libre competencia:

En primer lugar, en su inciso primero, se reemplazó la frase “*autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno*” por “*autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones **de Santiago** que corresponda de acuerdo al turno*”. Dicha medida tenía como propósito centralizar las diligencias en el domicilio de la FNE y el TDLC, de manera de evitar dilaciones indebidas frente a procesos en regiones, o ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, y, asimismo, corregir lo que correspondía a una imprecisión.

Sin embargo, es el segundo cambio aquel que resulta más interesante, pues incorporó un párrafo que regula la Audiencia Única: “*Acogido a tramitación el reclamo, se citará a la audiencia respectiva para el quinto día hábil. A la audiencia*

deberán comparecer los afectados y la Fiscalía Nacional Económica, debidamente representados, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El reclamo deberá ser interpuesto dentro del plazo de diez días corridos, desde que aparezca o se acredite que quien deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. Como medida para mejor resolver, el Ministro de Corte de Apelaciones podrá decretar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas que estime convenientes. De la decisión del Ministro podrá apelarse para ante la Corte de Apelaciones de Santiago, dentro de quinto día. La apelación se conocerá con preferencia a otros asuntos, sin que proceda la suspensión de la vista de la causa por la causal del N° 5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva la apelación no procederá recurso alguno.”

De esta manera, se buscó modificar un aspecto que generaba controversia en la anterior regulación, que decía relación con la oportunidad procesal para reclamar ante el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, y el procedimiento aplicable a dicha institución.

El nuevo texto que regula la Audiencia Única tiene las siguientes características:

- 1) Admisibilidad: el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago deberá acoger a tramitación el reclamo o podrá desestimarlos. Falta precisar respecto a los elementos por los cuales podrá desestimar el reclamo, que, en principio, deberán consistir en aspectos meramente formales, los que deben fundamentarse debidamente en la resolución.
- 2) Existe un plazo para la ejecución de dicha audiencia: una vez acogida a tramitación, se citará a la Audiencia Única para el quinto día hábil.
- 3) Legitimación: los legitimados para comparecer a dicha audiencia será la FNE y los afectados, debiendo concurrir con todos los medios de prueba con que cuenten para fundar sus respectivas posiciones.

- 4) Oportunidad procesal: el reclamo se deberá interponer en el plazo de diez días corridos desde que se aparezca o acredite que quién deba reclamar tuvo o debió tener conocimiento del vicio o defecto que funda el reclamo. Es decir, 10 días desde la medida intrusiva o desde que se tomó conocimiento de ésta, según la notificación correspondiente de la FNE.
- 5) Preclusión: los afectados deberán interponer todos los reclamos formales de la misma diligencia o actuación.
- 6) Medidas para mejor resolver: el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago podrá decretar todas las medidas que estime convenientes.
- 7) Recurso: se podrá apelar ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de quinto día, la que se concederá con preferencia, sin que proceda la suspensión por la causal del N° 5 del artículo 165. La resolución que resuelve esta apelación será definitiva y no procederá recurso en contra.

Es necesario, además, referirse sucintamente a las sanciones penales que incluye el DL 211 a través de la reforma de 2016, con su nuevo Título V. El artículo 62 señala que *“El que celebre u ordene celebrar, ejecute u organice un acuerdo que involucre a dos o más competidores entre sí, para fijar precios de venta o de compra de bienes o servicios en uno o más mercados; limitar su producción o provisión; dividir, asignar o repartir zonas o cuotas de mercado; o afectar el resultado de licitaciones realizadas por empresas públicas, privadas prestadoras de servicios públicos u órganos públicos, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo”*.

Ahora bien, es necesario señalar que, si bien no es objeto de este estudio analizar el carácter propio del ilícito de colusión en su variante administrativa y penal, para efectos de comprender como opera la investigación administrativa y como se relaciona con sede penal, cabe señalar ciertas características.

Este estudio adscribe, como se ha señalado en el capítulo I, a la tesis de que la sede de libre competencia en Chile corresponde a una aplicación del ius

corregiendi, por lo que la discusión respecto al non bis in idem es artificiosa. En este sentido, además, cabe manifestarse en la posición que ha defendido el profesor Mañalich, de manera que *“En el frente inter-competencial, definido por la concurrencia de pretensiones sancionatorias de carácter penal y de carácter administrativo, no basta con considerar la cuestión de la diferencia cuantitativa o cualitativa entre las sanciones penales y las sanciones administrativas para responder la pregunta acerca de una eventual prioridad de una sobre la otra. En el derecho chileno, no existe una manifestación concluyente de una voluntad legislativa contraria a la acumulación de sanciones de una y otra clase, resultando más bien reconocible un favorecimiento legislativo de la solución inversa, esto es, de la posibilidad de acumulación de sanciones de carácter penal y de carácter administrativo”*²⁷⁷. De esta forma, y en lo particular, señala que *“no es posible fundamentar una prohibición de juzgamiento múltiple en el ámbito de potencial entrecruzamiento del derecho penal y el derecho contravencional de libre competencia”*²⁷⁸. Así mismo, además, Mañalich da a entender la existencia de una categoría propia del ius corrigiendi (dentro del ámbito civil), al señalar que *“en el contexto inter-procesal, y para los efectos de la aplicación de las normas del DL 211, no resulta aplicable el estándar fijado en el artículo 1° del Código Procesal [Penal] en cuanto a la prohibición de juzgamiento múltiple, puesto que el art. 29 del DL 211 se remite, más bien, a las normas de los Libros I y II del Código de Procedimiento Civil. En esta medida, resultando aplicables las excepciones de cosa juzgada y litis pendencia de conformidad con las reglas del procedimiento civil, que en todo caso exigen la existencia de una identidad del fundamento”*²⁷⁹.

Cabe remitirse brevemente a esta problemática por el conflicto que genera una doble instancia de investigación: ¿es plausible investigar dos veces los mismos hechos, aun dando lugar a sanciones diferentes? La sanción penal requiere un estándar probatorio más elevado (*más allá de toda duda razonable*), mientras que, como hemos señalado, considero que el estándar probatorio en libre competencia

²⁷⁷ MAÑALICH, Juan Pablo, *El principio Ne Bis In Idem en el Derecho Sancionatorio chileno*, Santiago, Informe en Derecho, p.88

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid., p.89

es el de probabilidad prevaleciente. De esta forma, ¿podemos conciliar investigaciones que apuntan a cargas probatorias diversas? ¿Cuál es la diligencia que debe mantener la FNE para investigar? ¿Cómo se traslada la prueba entre diversos procesos?

De partida, cabe precisar que los hechos sancionados por el artículo 62 del DL 211 distan respecto al artículo 3 letra a) que habilita a las medidas intrusivas, teniendo este último un carácter más amplio. El artículo 3 letra a) del DL 211 señala que son hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos “[**Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación**], así como los acuerdos o prácticas concertadas que, confiriéndoles poder de mercado a los competidores, consistan en determinar condiciones de comercialización o excluir a actuales o potenciales competidores” (el destacado es mío). De esta forma, aquello en destacado corresponde a conductas potenciales de ilicitud penal, denominados carteles duros, según señala el artículo 62 inciso primero del DL 211.

A priori, la aplicación de medidas intrusivas en sede de libre competencia opera en un aspecto de mayor amplitud que el penal, por lo que su aplicación debiese ser preferencial: en una investigación, que por naturaleza es una instancia de hechos dinámicos y que prescinde de una calificación jurídica definitiva, el Ministerio Público podría interferir con sus atribuciones en hechos que afecten competencias especiales, mientras que la FNE tiene competencia especial para un tipo infraccional de mayor amplitud.

En segundo lugar, el artículo 64 del DL 211, tiene por objetivo salvar dichos problemas, señalando que “*Las investigaciones de los hechos señalados en el inciso primero del artículo 62 sólo se podrán iniciar por querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica, la que podrá interponerla una vez que la existencia del acuerdo haya sido establecida por sentencia definitiva ejecutoriada del*

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sin que sea admisible denuncia o cualquier otra querrela. Para estos efectos, no se aplicará lo dispuesto en el artículo 166 del Código Procesal Penal.” De esta manera, nuevamente el **procedimiento** contencioso de libre competencia tiene carácter especial por sobre la **investigación** penal, la cual solo podrá iniciarse con el cumplimiento de dos requisitos copulativos: a) querrela formulada por la Fiscalía Nacional Económica; b) Sentencia definitiva ejecutoriada del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

En este sentido, no parece óptimo que un organismo como la Fiscalía Nacional Económica mantenga mayores resguardos que los exigidos para su propia sede, toda vez que ello entorpecería y/o dilataría la etapa investigativa. Sin embargo, la aplicación de medidas intrusivas tiene una naturaleza única e irrepetible, por cuanto se alteran los elementos potenciales del delito, alerta a los agentes económicos que hayan participado, y se incauta material original.

Ante ello, cabe trasladar la discusión de perspectiva: si el material incautado se declara lícito en sede de libre competencia, parece óptimo que la aplicación penal se encuentre en iguales condiciones, con objeto de evitar una doble (y en libre competencia, atendido el doble filtro jurisdiccional), inclusive una triple discusión sobre su licitud. En este sentido, el artículo 64 del DL 211 en su inciso quinto señala que *“En su querrela, la Fiscalía Nacional Económica informará la circunstancia de haber obtenido autorización judicial para realizar una o más de las medidas a que se refieren los numerales n.1 a n.4 de la letra n) del artículo 39, así como el hecho de haber realizado o no dichas diligencias. El Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para su utilización en el proceso penal.”*, mientras que el inciso sexto señala que *“Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización*

judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9º del Código Procesal Penal”.

Por su parte, el artículo 9 del Código Procesal Penal al que se remite dicho artículo 64 del DL 211 señala que *“Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa”.*

En principio, la finalidad de dicha remisión es trasladar la prueba declarada lícita en sede de libre competencia al proceso penal, sin embargo, dicho fin no se condice con el inciso sexto del artículo 64 del DL 211. En particular, el principal problema recae en aquellas interrogantes que quedan pendiente frente a las remisiones al Código Procesal Penal y que parecen ser insalvables. De esta manera, la prueba recabada en virtud de una investigación de la FNE por colusión, en la que se hubieren utilizado medidas intrusivas, podría ser objeto, por segunda vez, de discusión de licitud en la audiencia de preparación de juicio oral, puesto que el único requisito que se entenderá cumplido será el de autorización judicial previa, sin embargo, cualquier otro de los requisitos señalados en los artículos 205 y siguientes del CPP, que tal como ya he analizado, son difíciles de conciliar con la práctica y naturaleza propios del procedimiento de libre competencia, podrán ser controvertidos en los términos del artículo 276 inciso tercero del CPP, que señala que *“Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”.*

De esta manera, el fundamento de licitud probatoria en materia de libre competencia y en materia penal son diversas: en libre competencia, atiende al incumplimiento de los requisitos o formalidades indicados en el párrafo cuarto del DL 211, mientras que, en el proceso penal, atiende a la observancia o inobservancia de garantías fundamentales que provinieren de las actuaciones o diligencias. Como en sede penal, la prueba ilícita tiene mayor amplitud, podría darse el caso de que documentación obtenida en sede de libre competencia sea

declarada lícita y en sede penal no, lo que podría afectar comunicativamente la sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.²⁸⁰.

Por lo tanto, adhiero a la posición de agotar la discusión sobre la licitud de la medida en la Audiencia Única. Para afirmar ello, es necesario previamente sostener y elaborar la idea sobre un estatuto propio de las medidas intrusivas en sede de libre competencia, y de paso, en sede administrativa. Al respecto, me parece necesario evaluar una regulación paralela respecto a la introducción de estas medidas en sede administrativa, como lo es en la regulación de la Comisión para el Mercado Financiero (la cuál será analizada en el próximo capítulo).

Por último, parece importante referirse al traslado de la prueba. Como he señalado, la prueba incautada tiene, como característica, que es única e irrepetible, y, en el caso en estudio, será utilizada en un proceso contradictorio. Lo interesante, resulta respecto del extenso debate que se genera sobre la confidencialidad o reserva del material incautado. Para evitar la reiteración del

²⁸⁰ Al respecto, Habermas señala que “*La oración «es el caso que es obligatorio que p» tiene a todas luces un significado distinto que la oración «es obligatorio que p». Esta oración expresa una norma o un determinado mandato cuando se emite de forma adecuada con la pretensión de rectitud normativa, es decir, cuando se emite de forma que pretenda ser válida para un círculo de destinatarios. Y decimos que una norma goza de validez social o vigencia cuando la norma es reconocida por los destinatarios como válida o justificada*”. Por ello, señala igualmente, que “*el actor, al entablar una relación interpersonal, se relaciona con algo objetivo. Se comporta de forma subjetivamente «correcta» (en el sentido de rectitud normativa) el actor que cree sinceramente observar una norma de acción vigente, y de forma objetivamente correcta cuando la correspondiente norma se considera, en efecto, justificada en el círculo de sus destinatarios*”. Así, HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I, Racionalidad de la acción y racionalización social*, México, Editorial Taurus, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, 1998. Por ende, afecta el sentido comunicativo de la norma que el “*círculo de destinatarios*” emita, al menos en un sentido netamente social-subjetivo, y no en un aspecto normativo-objetivo, decisiones contradictorias respecto a la vigencia de una misma norma. Pese a que este problema sin duda es más complejo, dado que atiende (aparentemente) sedes diferentes (contenciosa civil y penal), siendo plausible sostener una diferencia de decisiones, la incautación para ambas sedes es única, y las decisiones sobre ésta (licitud probatoria) no debiesen sufrir una alteración sustancial. Para fundamentar esto sin extenderme fuera del ámbito de estudio, tenemos que: (i) la decisión es jurisdiccional respecto a la licitud de la prueba recogida por la FNE, por lo que su decisión en sede penal no debiese ser necesaria, atendiendo el tenor de la discusión legislativa (el fin del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones era cautelar las garantías, tal como lo haría un Juzgado de Garantía); (ii) la incautación es única, por lo que juzgarla doblemente debilita el material incautado si se contradicen las decisiones; (iii) los antecedentes que son trasladados desde el proceso de libre competencia no es el material directamente incautado, sino que son antecedentes que cumplan con lo dispuesto en sede de libre competencia (principalmente, ser susceptibles de ser percibidos), además de cumplir con la regulación sobre datos sensibles o que afecten el desenvolvimiento competitivo del titular.

conflicto como la contienda de competencias en el caso de la colusión del tissue, entre el Ministerio Público y el TDLC, el artículo 64 inciso quinto del DL 211 decidió otorgarle al Ministerio Público la facultad de solicitar al TDLC el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas del expediente para ser utilizadas en el proceso penal.

Ello quiere decir que los instrumentos incautados mantendrán el tratamiento otorgado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, por lo que el material que se presentará no será el documento original o su versión confidencial, sino el documento que contendrá las tarjas o versión pública, según el debate iniciado en el procedimiento contencioso. Por tanto, considerando que el debate penal requerirá un estándar más elevado, es lógico que se dé lugar a una discusión respecto al alzamiento de confidencialidad o reserva respecto de determinadas piezas. En este aspecto, no se determina el procedimiento, por lo que habrá que remitirse a las reglas generales. El artículo 39 letra a) del DL 211 determina el carácter confidencial o reservado de los instrumentos presentados por la FNE, mientras que el artículo 22 inciso noveno del DL 211 regula las reglas generales a las partes. El inciso décimo de dicho artículo regula las versiones públicas de los instrumentos con carácter confidencial o reservado, y su alzamiento, en caso de ser insuficiente como antecedente válido para fallar. Por último, el auto acordado N° 16/2017 sobre reserva o confidencialidad de la información en los procesos regula los procedimientos respecto de las versiones públicas y el alzamiento de confidencialidad. Sin embargo, dicho auto acordado se encuentra establecido respecto de un procedimiento pendiente, no respecto de un procedimiento terminado, por lo que faltará regular cual será el procedimiento respecto del Ministerio Público: ¿se requerirá notificar sólo al titular de la información? ¿Se tramitará bajo rol separado de la causa principal? ¿la FNE tendrá facultad de oponerse a dicha solicitud?

Para concluir, parece ser necesario incluir una norma respecto a la custodia del material incautado. No existe normativa respecto al traslado de la cadena de custodia, por lo que queda la duda sobre el destino del material incautado

originalmente: ¿seguirá bajo custodia de la FNE? ¿bajo custodia del TDLC? ¿bajo custodia del Ministerio Público? ¿Cuál será el procedimiento para la devolución del material incautado? Al respecto, ha existido una evolución jurisprudencial respecto a la custodia del material incautado en sede de libre competencia, por lo que, a falta de normativa, quedará nuevamente a criterio y evolución jurisprudencial.

C. Jurisprudencia y aplicación práctica en el H. TDLC.

Es necesario, para resolver ciertas interrogantes, analizar cómo ha sido la aplicación de las medidas intrusivas en los casos de mayor relevancia de la Fiscalía Nacional Económica.

i. Solicitudes de medidas intrusivas.

En primer lugar, en causa rol C-236-2011, denominado Requerimiento de la FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros, denominado como caso “Pollos”, la FNE solicitó practicar diligencias investigativas. Al respecto, la FNE, en su escrito (en la etapa investigativa), realiza una breve indicación del ilícito anticompetitivo investigado, la industria y el mercado relevante, antecedentes que dan cuenta de la práctica colusoria, el objeto de la medida (donde se describe que tipo de objetos se desea incautar con prioridad), el plazo para la ejecución de la medida y para resolver la solicitud, nombrando un profesional de la FNE que dirija la investigación y, finalmente, estableciendo con precisión los inmuebles en que se efectuará la medida. En respuesta, el TDLC analiza si los hechos y antecedentes enunciados en la solicitud son aquellos que constan en el artículo 3 letra a), para efectos de aprobar o rechazar la medida²⁸¹. En tercer lugar, la FNE solicita autorización al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago, respecto a lo cual se reitera la petición, sin fundamentar antecedentes adicionales. En cuarto lugar, la Resolución del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones aprueba la solicitud, sin pronunciarse respecto a las verificaciones que por ley

²⁸¹ Resolución de fecha 28 de diciembre de 2010, en causa rol EA N° 2-2010.

debe realizar, como un análisis respecto de los antecedentes precisos y graves que se presentaron²⁸².

En segundo lugar, en causa rol C-299-2015, o colusión del tissue, la FNE solicitó la entrada y registro de inmuebles determinados, señalando el ilícito anticompetitivo investigado, la descripción del mercado relevante, los antecedentes que mantiene la FNE, la gravedad y calificación del ilícito anticompetitivo en la especie, el objeto de la medida, el plazo y los funcionarios de la FNE a cargo de la investigación. Además, se solicita, por circunstancias de la especie, extender la diligencia y la posibilidad de suspenderse. La resolución del TDLC se encargó de analizar si los hechos investigados son susceptibles de ser aquellos descritos en el artículo 3 letra a) del DL 211, aprobando la medida²⁸³. En tercer lugar, la FNE reitera su petición ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En cuarto lugar, la resolución del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones expone brevemente los antecedentes y la aprobación previa del TDLC, sin analizar nuevamente la suficiencia de los antecedentes ni sobre su gravedad y calificación²⁸⁴.

Por último, en los casos en que se han rechazado solicitudes por parte del TDLC se ha exigido: a) justificar la idoneidad de la medida; b) distinguir el ilícito de una práctica válida (acorde a derecho o paralelismo consciente); c) antecedentes económicos y de mercado relevante²⁸⁵. Por su parte, el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones ha rechazado solicitudes en virtud de: a) no cumplir con el principio de proporcionalidad, al extenderse excesivamente su duración u objeto más allá del interés legítimo de la norma que habilita la medida intrusiva²⁸⁶.

²⁸² Resolución de fecha 31 de diciembre de 2010, en causa civil rol 2750-2010.

²⁸³ Resolución de fecha 15 de septiembre de 2015, en causa rol EA N° 11-2015.

²⁸⁴ Resolución de fecha 24 de septiembre de 2015, en causa rol pleno 1775-2015.

²⁸⁵ Resolución de fecha 11 de agosto de 2011, en causa rol EA N° 4-2011.

²⁸⁶ Resolución de fecha 21 de septiembre de 2011, del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago.

ii. Discusiones relevantes en procesos contenciosos ante el TDLC.

a) Devolución de antecedentes incautados.

En el caso Pollos, se discutió respecto de la devolución de los antecedentes incautados. En este sentido, la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G., a través de escrito de 23 de marzo de 2012, solicitó suspender el procedimiento, en virtud de que, con ocasión de la incautación efectuada en sus dependencias con fecha 12 de enero de 2011, habría dejado sin antecedentes suficientes para preparar la defensa y rendir prueba para sustentar las defensas esgrimidas, permaneciendo en poder de la Fiscalía Nacional Económica durante más de un año, período en el que no tuvo acceso a ellos. Por ello, con fecha 19 de enero de 2012, solicitó al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago ordenar a la FNE devolver los antecedentes incautados, a lo que resolvió, con fecha 31 de enero de 2012, que se diera curso a dicha devolución, en rebeldía de la FNE.

El TDLC, a través de resolución de fecha 27 de marzo de 2012, dio lugar a la solicitud, toda vez que, a su juicio, se encontraba suficientemente justificada, y en virtud del artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, apercibiendo a la FNE a cumplir lo ordenado.

Con fecha 4 de abril de 2012, la FNE responde, señalando que, a través de resolución con igual fecha del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, se dejó sin efecto la resolución que ordenaba a la FNE devolver los antecedentes incautados a la Asociación de Productores Avícolas de Chile (en adelante APA). Hay a lo menos tres fundamentos interesantes: en primer lugar, no se habría notificado válidamente a la FNE, quién tomó conocimiento con fecha 14 de febrero de 2012, al concurrir los abogados de APA a solicitar la devolución. En segundo lugar, se alega la falta de competencia del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, puesto que no tendría habilitación legal para conocer de una solicitud de restitución de especies, siendo el TDLC el Tribunal competente para conocer de todas las cuestiones que diga relación con el ejercicio del derecho a defensa de los requeridos, incluidas las peticiones de acceso a los antecedentes que fundan las imputaciones a que se dirige. En tercer lugar, se señala que la autorización

concedida a la FNE para la diligencia comprendía la incautación y **retención** de los documentos destinados a establecer la infracción investigada.

Por su parte, el TDLC, a través de resolución de fecha 10 de abril de 2012, señaló que uno de sus deberes es cautelar el debido proceso y con ello, el principio de igualdad de armas que contribuye a garantizar tal derecho a defensa, por lo que señaló que era necesario que las requeridas tuvieran acceso a los objetos y documentos que el Ministro de Turno ordenó restituir, con independencia de que sean o no efectivamente restituidos. De esta manera, ordenó al Fiscal Nacional Económico exhibir el expediente de investigación Rol N° 1752-10, con todos los objetos incautados a todas las requeridas.

Dicha resolución se encuentra acorde a la legislación procesal penal, según analizamos, a la que el mismo DL 211 se remite, sin embargo, en la fundamentación se prescindió del análisis de dichas normas. Por su parte, ni la afectada ni los tribunales se refirieron al artículo 188 del Código Procesal Penal, que habría zanjado esta discusión.

En razón de lo anterior, la FNE, con fecha 25 de abril de 2012, acompañó disco duro que contiene los documentos electrónicos incautados a través de medidas intrusivas, siendo copia auténtica de la evidencia incautada y que fue oportunamente devuelta. Al respecto, la FNE solicitó la custodia del disco duro por el Secretario del TDLC hasta la celebración de las audiencias de percepción documental correspondientes, al tratarse de un documento electrónico. Además, a partir de esta discusión, con fecha 24 de mayo de 2012, la FNE ofrece al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, para efectos de proceder a la percepción electrónica de los documentos incautados, el software Forensic Tool Kit, conocido como FTK, el cual será usado en posteriores casos por la FNE para los mismos efectos, siendo una práctica habitual en percepciones documentales respecto al material incautado.

b) Traslado de prueba incautada.

Con fecha 6 de septiembre de 2012, y con motivo del proceso incoado en virtud del caso Pollos, el TDLC se pronuncia respecto al Oficio N° 77 de la Fiscalía Local de Ñuñoa, la que solicita el envío de los antecedentes aportados por la FNE recabados por el ejercicio de medidas intrusivas. El TDLC señala como fundamentos para rechazar la solicitud, que la FNE recabó dichos antecedentes en el marco de sus competencias, mientras que, por su parte, el TDLC, en el marco de sus propias atribuciones, las declara reservados o confidenciales según el artículo 22 inciso séptimo del DL 211. Ello, además, procede según los resguardos propios de la protección de derechos fundamentales de los afectados por dichas medidas, prohibiendo, además, el artículo 39 letra n) del DL 211 la utilización de los antecedentes en otra investigación, a menos que medie una nueva autorización judicial. Por ello, entregar copias de los antecedentes vulneraría los derechos fundamentales de los afectados por la medida, puesto que el secreto en sede penal no se condice con el secreto o reserva de sede de libre competencia, ello puesto que, en sede penal, el secreto es una restricción temporal de plazo máximo de 40 días, según el artículo 182 del CPP.

Esta resolución es interesante en cuanto explica la lógica del traslado de prueba entre las sedes, y la resolución de la contienda de competencia tanto en el Tribunal Constitucional como en la Corte de Apelaciones de San Miguel: la prueba presentada en sede de libre competencia, con sus resguardos de confidencialidad y reserva debe mantenerse para efectos del traslado a sede penal, lo cual se reflejó en la actual regulación del artículo 64 del DL 211, toda vez que la normativa penal no logra proteger aspectos trascendentales como las fórmulas y secretos comerciales.

c) Forma de acompañar los documentos incautados en Requerimiento de la FNE.

En causa C-299-2015, conocida como colusión del tissue, la FNE decide acompañar los documentos incautados, bajo confidencialidad, a partir del mismo requerimiento. Para dichos efectos, el TDLC resolvió, por resolución de fecha 28

de octubre de 2015, que se mantendrán en custodia de la Secretaria Abogada, mientras que por resolución de fecha 4 de noviembre de 2015, se dio lugar a la confidencialidad.

Sin embargo, en causa rol C-321-17, caratulado "*Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Industrial y Comercial Baxter de Chile Ltda. y Otra*", la FNE decide, en su requerimiento, acompañar los antecedentes incautados en el proceso, como teléfono móvil, pendrives, notebooks, entre otros, a lo cual el TDLC, a través de resolución con fecha 2 de agosto de 2017, señaló no ha lugar a acompañar los antecedentes al proceso, pues: i) no constituyen documentos; ii) el TDLC solo puede tener por acompañado o agregar documentos al expediente; iii) para incorporar las NUE se deben singularizar cada documento contenido, y presentarlo en soporte que sea susceptible de ser percibido según lo dispuesto en el artículo 348 bis del Código de Procedimiento Civil; iv) mientras que los documentos acompañados no son susceptibles de ser percibidos, por lo que se devuelven los antecedentes ofrecidos.

De esta manera, se limita la práctica antes establecida, por la cual la FNE acompañaba el material incautado para ser custodiado por el Secretario del TDLC, por lo que solo corresponderá acompañar documentación en carácter físico o digital y, en este último caso, en un soporte susceptible de percepción de documental.

d) Contienda de competencia.

La Fiscalía Metropolitana Sur del Ministerio Público, con motivo de la denuncia de los diputados Gabriel Silver y Daniel Farcas, en el caso de la colusión del Tissue, solicitó al TDLC los antecedentes aportados por la FNE al proceso, y declarados confidenciales según los artículos 22 y 39 del DL 211. El TDLC aportó las versiones públicas de los mismos, a lo cual, el Ministerio Público, solicitó la remisión de las copias de carácter confidencial. Con motivo de la denegación del TDLC, el Ministerio Público, invocando el artículo 19 del CPP, accionó ante la Corte de Apelaciones de San Miguel por contienda de competencias. En este aspecto, con fecha 20 de noviembre de 2015, María de la Luz Domper Rodríguez,

como Presidenta subrogante del TDLC, promovió contienda de competencia al Tribunal Constitucional.

El TDLC señaló que la pretensión del Ministerio Público vulnera las competencias propias e independencia, toda vez que excedería las potestades de la Fiscalía el carácter de la información confidencial o reservada. Dicha calidad de información se decreta por resolución judicial fundada en los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211, protegiendo información comercial sensible, la identidad y privacidad de quienes aportan información, y la eficacia de instituciones como la delación compensada o medidas intrusivas. En el supuesto en que el TDLC se viese compelida a entregar la información, se transgrede la obligación que le impone la ley sobre el resguardo de los antecedentes confidenciales.

La FNE, por su parte, argumentó que resolver a favor del Ministerio Público afectaría sus propias competencias, toda vez que la investigación de hechos que afectan el bien jurídico libre competencia, y el conocimiento y resolución de ilícitos anticompetitivos son funciones exclusivas de la Fiscalía Nacional Económica. Parte de la eficacia de la FNE, radica, según señaló la FNE en su alegato, en el secreto de la información, según los artículos 22 y 39 letra a) del DL 211, lo que tiene relación con el funcionamiento de la delación compensada, el combate efectivo contra carteles y la protección del funcionamiento de los mercados en competencia.

La Fiscalía Metropolitana Sur señaló, por su parte, que el conflicto no se suscita respecto de la facultad del Ministerio Público de requerir información, sino de la publicidad de cierta parte de los antecedentes, lo que afectaría el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. El Ministerio Público no puede compeler a la entrega de información reservada, siendo la Corte de Apelaciones, al existir contienda de competencias, quién tendría dicha facultad.

Por todo lo anterior, el Tribunal Constitucional se pronunció, a través de sentencia de fecha 8 de enero de 2016 en causa rol N° 2934-15-CCO, manifestando que, en principio, ambas instituciones, tanto el TDLC como el Ministerio Público, actúan en el marco de sus atribuciones y competencias de manera legítima, respetando los

artículos 6 y 7 de la Constitución, al existir dos regímenes paralelos de propia consagración normativa. En este sentido, el DL 211 contempla un régimen de acopio y custodia de información confidencial, procedimiento que es atribución exclusiva del legislador, y que no puede alterarse sino en la forma en que prescribe dicho ordenamiento jurídico. Además, la experiencia práctica lleva a concluir lo esencial que son la delación compensada y otras técnicas de indagación especiales (medidas intrusivas) para investigar y esclarecer los actos colusivos. Por ende, se debe dirimir el conflicto de manera que se aplique justa y correctamente la institucionalidad de libre competencia, de manera que, en la especie, la controversia no es respecto de las competencias de cada órgano, sino respecto a la entrega de antecedentes. De esta forma, toda investigación del Ministerio Público debe respetar las atribuciones y legalidad que rige a otras instituciones.

Por tanto, la contienda de competencias suscitada en la Corte de Apelaciones solo puede fallarse según las limitaciones legales que se establezcan respecto de cualquier órgano jurisdiccional o administrativo para preservar las atribuciones y prerrogativas de cada entidad. De esta manera, la contienda se dirime señalando que los antecedentes en poder del TDLC sólo pueden entregarse o revelarse en la forma y condiciones que establece el DL 211.

D. Análisis económico de la facultad de entrada, registro e incautación en el DL 211.

Es necesario resolver la pugna entre dos elementos: una institución proveniente de la investigación adscrita en el ámbito penal, como lo son las medidas intrusivas, bajo una lógica de investigación a personas naturales, elementos del delito que sólo se encuentran en un domicilio particular, y una lógica en que la medida tiene como único fin la investigación de los hechos y la determinación de la culpabilidad de los afectados, contra una investigación administrativa que concluye en un procedimiento contencioso civil como lo es aquel regulado en el DL 211, donde es necesario ponderar la posibilidad de que dicha institución no tenga como único fin la mera investigación, sino la entrega de incentivos a agentes económicos

complejos a aportar información para evitar una incautación que le prive de información comercial o económicamente sensible, o, prospectivamente, a no cometer ilícitos anticompetitivos.

Como he analizado a lo largo de este capítulo, la institución de las medidas intrusivas no estaba originalmente pensada en el actual modelo de libre competencia, respecto al Tribunal de Defensa de Libre Competencia y Fiscalía Nacional Económica, y se hizo necesario por tres motivos, según se vio en las discusiones de la historia de la ley: (i) para la potencia de la prueba (β), es decir, para aumentar la muestra del investigador, basada en la baja probabilidad de éxito de la FNE en casos anteriores; (ii) por ser uno de los tres pilares fundamentales del sistema de multas del diseño de libre competencia: la posibilidad de llevar a cabo medidas intrusivas, una sanción severa y la protección al delator; y (iii) como una forma de remitir prueba contundente al proceso penal.

En este sentido, en el proceso penal, la aplicación de medidas intrusivas dice relación con una lógica inversa, de modo que es la única forma de disminuir el tolerado error tipo I bajo una amplia preeminencia de intolerancia al error tipo II (disminuida sólo a la posibilidad de error humano). En este aspecto, concluí el segundo capítulo señalando que la regulación óptima de las medidas intrusivas en sede penal correspondía a un gasto mínimo para la detección de ilícitos, aumentando la prevención en término de detección y castigo, con un componente retributivo de obtención de material probatorio bajo un incremento marginal sobre el costo social neto esperado, dentro del contexto de un modelo que considera delitos espontáneos.

Sin embargo, es plausible sostener que el ilícito administrativo y penal colusivo es ejecutado por un sujeto (el agente económico) que se encuentra informado, conoce los beneficios y probabilidades del delito, lo que son mayormente monetarios, a excepción de determinados costos (principalmente sociales como la reprobación social o pérdida de prestigio). En este aspecto, es necesario considerar que las medidas intrusivas cumplan una función aún más relevante, como incentivar la delación compensada, con un componente no sólo retributivo e

incidentalmente preventivo sino también prospectivo. Esto último muchas veces no sólo genera incentivos positivos, como la prevención de conductas, sino también negativos, de manera que los carteles adquieren profesionalización, como señaló el ex Fiscal Nacional Económico Felipe Irrarrazabal, al señalar, respecto de la colusión del Tissue, que *“no nos extraña, porque claramente hay mucho secretismo. Pero es la forma que se da en los países que ya van teniendo cierta madurez. Entonces, estos carteles se van celebrando, monitoreando y ejecutando de una manera mucho más sutil. Este es un cartel 3.0 que ha sobrepasado las colusiones iniciales que desbarató la fiscalía hace varios años atrás. Tampoco es coincidencia la fecha en la que se desbarata, que está conectada con el cartel de pollos y, en parte, con el de las farmacias”*²⁸⁷. Ello explica igualmente, según señala Claudio Agostini, que *“frente al riesgo de ser pillados —y para esconder la evidencia—, en diciembre de 2011 ejecutivos de la CMPC botaron sus computadores al Canal San Carlos”*²⁸⁸.

Previo a dicho análisis, es preciso recordar la relación entre el debido proceso y la eficiencia. La doctrina económica tradicional ha intentado enmarcar a la eficiencia como concepto comprendido dentro del debido proceso, según el enfoque del análisis económico del derecho normativo. Esta tesis adscribe que las reglas procesales establecen un marco restrictivo en que actúa el juez, en virtud del cual los jueces pueden tomar decisiones económico-rationales. Por tanto, para un correcto análisis de estas medidas y su función, lo primero es enfocar el marco jurídico procesal, es decir, determinar cuál es la extensión del debido proceso en la investigación administrativa de la Fiscalía Nacional Económica.

Toda investigación administrativa debe enmarcarse en la facultad de los órganos de la administración de controlar que la actividad de los particulares se ajuste a los

²⁸⁷ The Clinic, *Confortgate: FNE asegura que “este es un cartel 3.0 que ha sobrepasado las colusiones que desbaratamos hace varios años*, Santiago, 29 de octubre de 2015, [En línea] <https://www.theclinic.cl/2015/10/29/confortgate-fne-asegura-que-este-es-un-cartel-3-0-que-ha-sobrepasado-las-colusiones-que-desbaratamos-hace-varios-anos/> [Consultado en: 11.09.19]

²⁸⁸ AGOSTINI, Claudio, *La colusión del papel*, Santiago, Repositorio Universidad Alberto Hurtado, 2015, [En línea] http://repositorio.uahurtado.cl/static/pages/docs/2015/n645_06.pdf [Consultado en: 11.09.2019], p.7

finés de utilidad pública, para lo cual dicha investigación debe ser una facultad dotada legalmente, según dicta el artículo 7° de la Constitución.

Dicha investigación, por su parte, debe ajustarse a los criterios de racionalidad y justicia, cautelando que los sancionados tengan garantías y derecho a defensa, las que son, igualmente, de competencia del legislador. En este sentido, Agüero ha señalado que debido a la *“ complejidad de la actividad industrial -como también los fenómenos de privatización de empresas públicas- ha obligado no sólo a una mayor regulación, sino que a una creciente supervisión de las actividades privatizadas o despublificadas. Mayor regulación implica un mayor control, todo lo cual requiere de entidades que fiscalicen el cumplimiento de la normativa”*²⁸⁹.

Uno de los principios de esta potestad fiscalizadora de la Fiscalía Nacional Económica, que *“ emana del poder de policía”*²⁹⁰, es el que establece el artículo 39 del DL 211, que señala que *“ El Fiscal Nacional Económico, en el ejercicio de sus funciones, será independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe. Podrá, en consecuencia, defender los intereses que le están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones”*. Ello otorga una doble faz: independencia y autonomía de la FNE dentro del sistema de defensa de la libre competencia. Dicha discrecionalidad, mantiene como límites la legalidad, razonabilidad, buena fe, competencia, extensión, finalidad pública, además de límites técnicos, dentro de la razonabilidad, como lo son aquellos criterios jurídico-económicos que deben dotar sus decisiones.

Por otro lado, no existe propiamente, como en el caso del Ministerio Público, un principio de legalidad, sino que, en el caso de la FNE, el artículo 41 del DL 211 señala que *“ La Fiscalía **deberá** recibir e investigar, **según corresponda**, las denuncias que formulen particulares respecto de actos que puedan importar infracción a las normas de la presente ley, sin perjuicio de remitir a las autoridades*

²⁸⁹ AGÜERO, Francisco, Toro, Luis, *Limites de la Potestad Inspector de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica*, Santiago, Universidad de Chile, Revista de Derecho Económico, p.2.

²⁹⁰ Ibid.

*competentes aquellas que deban ser conocidas por otros organismos en razón de su naturaleza. Para determinar **si corresponde investigar o desestimar** las denuncias que se formulen, la Fiscalía podrá solicitar, dentro del plazo de 60 días de recibida la denuncia, antecedentes a particulares, como también llamar a declarar a cualquier persona que pudiese tener conocimiento del hecho denunciado. La entrega de antecedentes y la prestación de declaración señaladas previamente serán siempre voluntarias, y la Fiscalía Nacional Económica no podrá ejercer el apercibimiento previsto en el inciso primero del artículo 42 mientras no haya iniciado formalmente una investigación.”* De esta manera, si bien está potencialmente obligada a recibir la denuncia, puede determinar si corresponde su investigación o desestimación, lo que, directamente ligado al artículo 39 del DL 211, es una atribución discrecional del propio organismo ponderar los costos que asigne en cada investigación, existiendo propiamente, como regla general, un principio de oportunidad.

A esta misma conclusión se puede llegar respecto de la acumulación de investigaciones, en cuanto no está obligada la FNE, sino que es facultad discrecional según el artículo 33 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativo en caso de que guarden identidad sustancial o íntima conexión.

La investigación administrativa, en este aspecto, reviste, como facultad emanada del poder de policía, naturaleza similar a la fase investigativa penal, toda vez que es una fase desformalizada y dinámica, donde se busca la generación de instrumentos que permitan generar un nivel de certeza para iniciar un requerimiento ante el TDLC contra un agente económico por un ilícito anticompetitivo, los que sólo tendrán valor probatorio una vez iniciado el juicio, y que, para ser usados, deben revestir un carácter material o digital susceptible de ser percibido, según las normas del CPC.

Pese a la inexistencia de un deber de investigar o principio de legalidad en materia administrativo-económica, la Fiscalía Nacional Económica debe dar noticia al afectado de una investigación, como señala el artículo 39 letra a), de modo que *“Serán atribuciones y deberes del Fiscal Nacional Económico: a) Instruir las*

investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado.”

Igualmente, la FNE debe resguardar, como se ha señalado con ocasión de la contienda de competencias, el derecho a reserva o confidencialidad de los afectados, según señala el artículo 39 letra a) inciso tercero, *“el Fiscal Nacional Económico podrá disponer de oficio o a petición del interesado, que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes en conformidad al artículo 39 bis, o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de investigaciones de la Fiscalía”*. Ello no solo se extiende a las piezas del expediente, sino que a todo funcionario de la FNE, según señala el artículo 42 inciso tercero, manifestando que *“Los funcionarios y demás personas que presten servicios en la Fiscalía Nacional Económica, estarán obligados a guardar reserva sobre toda información, dato o antecedente de que puedan imponerse con motivo u ocasión del ejercicio de sus labores y, especialmente, aquellos obtenidos en virtud de las facultades indicadas en letras a), g), h), n), o), p) y q) del artículo 3937, y en el artículo 41.”*

Por otra parte, la FNE mantiene una obligación de acceso al expediente de investigación respecto al afectado, según señala el artículo 39 letra a) inciso final del DL 211.

En virtud de lo anterior, es susceptible señalar que la amplitud de la FNE en su potestad investigativa es más amplia que la potestad del Ministerio Público. En principio y según diseño, la potestad del Ministerio Público es aplicable eminentemente sobre personas naturales, no respecto de agentes económicos complejos, sin perjuicio de que, en virtud de ello, está obligado a investigar, siendo la excepción el principio de oportunidad. Por su parte, la FNE mantiene una amplitud investigativa y de discrecionalidad respecto a sus decisiones. Agüero, a este respecto, señala que *“La redacción de la habilitación legal de la FNE para*

ejercer la potestad inspectora evidencia un problema habitual en estas materias: no existe precisión en la norma habilitante, que en definitiva, permite pedir cualquier información y antecedentes (“estime necesarios”), sin que, necesariamente, lo solicitado sea necesario”. Igual conclusión mantengo con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la contienda de competencias, señalando que la investigación económica es de un carácter amplio, y el Ministerio Público no debiese interferir en dicho ámbito.

De esta manera, el estándar investigativo de la Fiscalía Nacional Económica, en términos de la profesora Gascón, según lo estudiado en el capítulo previo y los fundamentos normativos recientemente estudiados, debiese ser SP2, aquel supuesto en que se pueda investigar considerando un grado de confirmación intermedio para investigar o no investigar (quedando a su discreción). Sin embargo, es plausible sostener que el estándar requerido para la aplicación de las medidas intrusivas es superior no sólo para la investigación, sino para el mismo procedimiento contencioso ulterior (estándar SP3, según mi opinión, o SP2, según Carrasco), siendo cercano a SP4: ello en virtud de que existen dos filtros; que analizan, como en ningún otro caso en la legislación chilena, una apariencia de calificación jurídica previa al requerimiento; existe una Audiencia Única para determinar la licitud probatoria; y, eventualmente, es dable sostener que el TDLC puede incluso restarle valor probatorio a la prueba incautada declarada lícita, según se examinó. De esta forma, el estándar es incluso cercano al proceso penal, lo que, sin duda, viene dado por dos motivos: la lógica implícita de que dichas medidas provienen del proceso penal, por lo que su aplicación debe darse en tales términos según el legislador, y, en segundo lugar, por aspectos políticos de la discusión legislativa, de modo que, para la concesión de éstas en el diseño, hubo que elevar los estándares de aplicación, sin mayor justificación.

Por tales motivos, es necesario señalar que las medidas intrusivas en sistema de libre competencia se encuentran bajo un estándar de aplicación elevado para su objeto, debiendo efectuar necesariamente precisiones que la liberen de esta lógica. Al respecto, un análisis de proporcionalidad o idoneidad técnica de la

medida debiese encontrarse bajo un estándar de indicios suficientes o presunciones, según los antecedentes que mantenga la FNE. La regulación normativa, sin embargo, centra el análisis en la norma (los hechos investigados deben cumplir con una apariencia de colusión), y no sobre los antecedentes con que disponga la FNE (determinando si hay indicio razonable). Por ello, la FNE ha optado en muchos casos por solicitar la concesión de la medida bajo un escrito que cumple con las características de requerimiento, cuando el propósito de la norma no es reducir la eficacia de las investigaciones, sino de las arbitrariedades del organismo.

El estatuto administrativo que debiese mantener la regulación de las medidas intrusivas debe estar acorde a ciertos criterios angulares: una regulación que mantenga la rapidez de su aplicación, eliminando de este modo el doble filtro; una regulación autónoma, de manera que toda normativa se encuentre en un solo cuerpo (el DL 211) o cuyas remisiones solo sean leyes de carácter administrativo (en ningún caso, por tanto, el Código Procesal Penal); una regulación de prueba ilícita que se mantenga como parte del proceso de libre competencia, y no una instancia previa; un estándar de aplicación acorde al estándar investigativo en sede penal, y no más elevado (solo para el proceso de libre competencia, por lo que en cualquier otro procedimiento administrativo en el que se contemple el uso de medidas intrusivas puede ser menor, debiendo analizar para ello su posible aplicación al proceso penal, a modo de no interferir con la eficacia de la acción penal); y, una gama de derechos y garantías acordes al sujeto afectado. Este último punto podría ser controvertido, sin embargo, el proceso de libre competencia está enfocado principalmente a agentes económicos, no importando si la organización propia de la empresa es unipersonal o si es una sociedad, y como tal, no está enfocada exclusivamente en personas naturales, como es la lógica del proceso penal, por lo que requiere una lógica diversa.

Acorde a lo anterior, el proceso contencioso de libre competencia tiene por fin una sanción netamente pecuniaria, y en este aspecto, dentro de la investigación de ilícitos anticompetitivos, la incautación tiene como objeto recabar material o

documentación desde el domicilio del agente económico investigado (no necesariamente personas naturales), para dicho proceso. El derecho afectado es principalmente la privacidad (contemplado en el artículo 19 N° 4 de la Constitución), para lo cual el DL 211 mantiene garantías suficientes para su resguardo, no sólo frente a terceros intervinientes, sino incluso frente a órganos estatales o en un proceso diverso, como el penal. Dicho resguardo, a diferencia de otras sedes, tiene como principal objeto las fórmulas o secretos comerciales, lo que nos da un indicio de una gran diferencia con un proceso penal: las garantías resguardadas no son el derecho a la vida, libertad ambulatoria, entre otros; sino que, se resguardan intereses comerciales y empresariales.

Igualmente, en tal contexto, se hace necesario regular tercerías, más allá de la mera obligación de devolución de dichos antecedentes que obren en poder de la FNE cuando ésta no los utilice. Existe un vacío en cuanto a la regulación y la destinación de los objetos incautados una vez que la FNE inicia el requerimiento, de manera que dicha situación debiese ser subsanada a través de la regulación de una oportunidad procesal al terminar el juicio para la devolución de los antecedentes, validando así la postura de la FNE respecto a su retención y devolución en caso de que dicho organismo lo considere prudente.

Con ambas instituciones, la privacidad y tercerías, se protegen adecuadamente los derechos de los agentes económicos, los que, junto a la regulación de la institución de la prueba ilícita, debiesen bastar para disminuir el estándar probatorio para la habilitación de dichas medidas en el óptimo propuesto, de investigación penal (SP2).

Respecto del ilícito anticompetitivo y el ilícito penal, Cooter y Ulen señalan que el criminal racional comete ilícitos en consecución de su propio bienestar por sobre el social, por lo que, para disuadir el comportamiento en este tipo de delito, es necesario imponer un castigo que genere un costo mayor al delincuente que su beneficio y probabilidad de ser descubierto y condenado. Ello genera una relativa interferencia en este tipo de delitos racionales: *“A medida que aumenta el compromiso psicológico del actor con el acto, la disuasión del actor requiere una*

sanción mayor. Cuando la meta es la disuasión, un castigo más severo corresponde a un mayor compromiso psicológico con el acto.”²⁹¹ Cooter y Ulen señalan dos elementos respecto al delito económico: la disuasión, que opera como señalan en la cita previa, y la internalización, según la cual manifiestan que no es una sanción agravada la que se debe aplicar, sino un precio. De esta manera, se explica la doble función de los procesos que aplican respecto del ilícito colusivo, es decir el proceso contencioso de libre competencia y el proceso penal.

En este sentido, ambos autores señalan que “*Quien toma decisiones racionales toma en consideración la probabilidad del castigo cuando contempla el cometer un delito. El castigo esperado equivale a la probabilidad del castigo p multiplicada por la severidad: pf* ”²⁹². Para dichos efectos, “*La ganancia esperada del delito es igual a la diferencia entre la remuneración $y(x)$ y el castigo esperado $p(x)f(x)$, el cual se representa en la gráfica por la distancia vertical entre ambas curvas.*”²⁹³

De lo anterior, es posible señalar, respecto del delincuente racional, que éste maximiza los beneficios netos del delito hasta el punto en que el beneficio marginal de una cantidad adicional es igual al castigo marginal esperado:

$$Y' = p'f + pf'$$

Donde Y' = beneficio marginal del delincuente; $p'f + pf'$ = costo marginal esperado del castigo para el delincuente.

Por tanto, respecto del delincuente económico, la aplicación de medidas intrusivas no es sólo parte del costo social marginal esperable, en la ecuación del delincuente común, sino que aumenta el riesgo del castigo ($p'f$), lo que disminuye el rango de equiparación entre beneficio marginal del delincuente racional al costo marginal esperado del castigo. En este aspecto, la interiorización de delito va aparejada a un precio, un costo pecuniario elevado, que es lo que se buscó con la reforma al proceso contencioso en libre competencia de 2016 al eliminar las

²⁹¹ COOTER, Robert, ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México DF, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1998, p. 578.

²⁹² *Ibid.*, 580.

²⁹³ *Ibid.*, p.583

barreras de multa máxima. Por otro lado, la sanción penal incorporada es un factor de disuasión del delito racional (pf). Todos estos componentes, como se puede visualizar, no son insustanciales en su conjugación, sino que responden a un modelo de delito racional aplicable en ilícitos económicos, por lo que el perfeccionamiento de la medida intrusiva juega un factor crucial para la disminución de dichas conductas indeseadas.

CAPÍTULO IV: LEGE FERENDA Y SOLUCIONES ACTUALES

A. Diseño institucional efectivo: ¿se requiere una reforma normativa?

En el capítulo anterior se determinaron una serie de defectos dogmáticos que podrían afectar la institución, considerando tanto un análisis económico como las finalidades del diseño en sede de libre competencia. Igualmente, he analizado que el origen de la problemática se encuentra radicada principalmente en las limitaciones de la tramitación legal, las que, a su vez, son consecuencia de concesiones políticas para introducir la institución en una investigación administrativa.

Sin perjuicio de ello, en la práctica, la Fiscalía Nacional Económica ha logrado un trascendental éxito en sus requerimientos por colusión, generando un enorme impacto mediático. Ejemplo de lo anterior son causas como el “caso pollos” (Requerimiento de la FNE contra Agrosuper S.A., Ariztía S.A y Agrícola Don Pollo Limitada”), la “colusión del tissue” (Requerimiento de la FNE contra CMPC S.A. y SCA Chile S.A.), y la “colusión de los supermercados” (Requerimiento de la FNE contra Cencosud, SMU y Walmart).

Estas causas han tenido un factor común, por sobre la delación compensada, que ha permitido que la investigación de la FNE sobreviva a litigios complejos ante el TDLC: las medidas intrusivas. Durante su tramitación, se plantearon controversias sobre las diligencias, como discusiones sobre hipótesis de hallazgo casual, solicitudes de devolución de antecedentes, contiendas de competencia o interrogantes sobre la relación entre las medidas intrusivas y una delación compensada. Sin embargo, y a partir de lo anterior, todas estas causas tienen en común un extenso período de investigación de la FNE, proseguido de un extenso juicio ante el TDLC y la E. Corte Suprema.

**CUADRO N° III: Duración de las investigaciones de la Fiscalía Nacional
Económica²⁹⁴.**

Causas	Inicio de Investigación	de Interposición de Requerimiento	Total (meses)
C-292-2015	6 de septiembre de 2012	27 de enero de 2015	28 meses
C-299-2015	4 de diciembre de 2012	27 de octubre de 2015	34 meses
C-304-2016	25 de agosto de 2011	6 de enero de 2016	53 meses
C-312-2016	3 de agosto de 2012	3 de agosto de 2016	48 meses
C-353-2018	4 de mayo de 2012	23 de mayo de 2018	72 meses
C-358-2018	9 de febrero de 2017	18 de julio de 2018	17 meses
C-361-2018	4 de septiembre de 2013	26 de septiembre de 2018	60 meses
Promedio	-	-	44,5714286 meses

²⁹⁴ Elaboración propia. Los datos fueron obtenidos en virtud de lo señalado en los antecedentes de cada requerimiento por la Fiscalía Nacional Económica, obtenidos del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, disponible en www.tdlc.cl.

CUADRO N° IV: Intensidad y duración de los litigios ante el TDLC. (Tipo de Litigio, Duración, N° de Audiencias y Multas)²⁹⁵.

	Público (39 obs.)	Mixto (9 obs.)	Privado (119 obs.)	Total (167 obs.)
Duración en Días	581,49	660,17	408,34	463,14
Mediana	518	650,5	360	404
N° de Audiencias	14,91	7,25	3,68	6,43
Mediana	11	2	0	0
Multa TDLC en UTM	10.609,33	3.900	2.054,99	4.854,83
Mediana	10.586,11	2.145,33	1.962,45	4.364,03
Multa CS en UTM	85,5	1000	0	0

En suma, se puede sostener que la FNE tiene en promedio un período de investigación de 44,5 meses según la muestra analizada. Por consiguiente, también podemos señalar que el costo administrativo mantiene una importante inversión, por medio de la cual la Fiscalía Nacional Económica busca la mayor recopilación de antecedentes que minimicen un error judicial en los procesos que indica.

En este sentido, la recopilación de antecedentes no necesariamente responde a un cumplimiento normativo, puesto que la FNE no tiene propiamente un principio de legalidad en sus funciones, sino que debe recibir las investigaciones “*según corresponda*” (como señala el artículo 41 del DL 211), de manera discrecional y motivada.

²⁹⁵ PARDOW, Diego, *El desempeño en juicio de la FNE: ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?*, ob. Cit. (N°55).

De igual manera, respecto al marco temporal para su investigación, la FNE no posee propiamente un plazo de investigación. Sin embargo, frente a estos últimos elementos, la FNE mantiene plenamente vigente su mandato legal, respecto a llevar a cabo investigaciones en un plazo razonable (y mientras no se cumpla el plazo de prescripción), en todos los casos que se encuentren en el ámbito de su competencia. De esta forma, abriendo una investigación, la FNE está obligada a recopilar antecedentes en un plazo razonable, sin embargo, dicho período no se encuentra dogmáticamente reglado o precisado con mayores estándares.

Por tanto, y cumpliendo, desde el punto de vista dogmático, con el marco de limitaciones del debido proceso, es posible analizar con un criterio económico dicho período de investigación.

La investigación de la FNE, con las funciones propias que tiene el Fiscal Nacional Económico, busca acreditar un ilícito anticompetitivo, ejecutado, en el caso de la colusión, por dos o más agentes económicos, en un mercado determinado, buscando la generación de antecedentes probatorios para ello.

En este aspecto, en el primer capítulo, me referí a mis consideraciones sobre la naturaleza del procedimiento contencioso en libre competencia, que considero civil, a que la naturaleza de la multa derivaba del *ius corrigendi* (imposición de cargas públicas para regular la conducta), a que el estándar probatorio del procedimiento es balance de probabilidades o probabilidad prevaeciente y que la sentencia del TDLC, como elaborador de políticas públicas, debe considerar elementos prospectivos. A estos elementos, cabe agregar que el objetivo de eficiencia del derecho procesal de Libre Competencia, que implica considerar la prevención, corrección y sanción del peligro abstracto y concreto de atentar contra la libre competencia de los mercados, conlleva un estándar más laxo sobre el error tipo I o falso positivo, por cuanto una colusión no detectada, prevenida, corregida o sancionada sería más lesiva que la sanción de una falsa o aparente colusión, lo que considera, además, que la imposición de sanciones sólo conlleva cargas pecuniarias de carácter público (multa civil).

Por tanto, la investigación administrativa previa, que tiene como fundamento recopilar antecedentes, debe encontrarse acorde a dichos fundamentos, y, particularmente, reducir aquellos costos administrativos que no se encuentren en sintonía con el objetivo de eficiencia del proceso de libre competencia. Este resumen del primer capítulo estaba netamente enfocado al TDLC, lo que es posible sostener considerando los elementos normativos que mencionan la reducción del costo administrativo, a través de facultades de dirección material, la reducción de mecanismos recursivos, la competencia respecto del acción de indemnización de perjuicios, la acreditación de colusión a través de prueba circunstancial, entre otros. Sin perjuicio de ello, esta misma conclusión debe seguirse respecto de la FNE: para prevenir, corregir y buscar la sanción de conductas (de peligro abstracto y concreto) que atenten contra la libre competencia de los mercados, se debe reducir el tiempo de reacción entre la denuncia o investigación de oficio y la presentación efectiva del requerimiento. Ello implica mejorar la normativa que regula las medidas intrusivas, como instrumento investigativo de la FNE, proponiendo correcciones dogmáticas que corrijan, por su parte, técnicas legislativas deficientes, según los óptimos de eficiencia del análisis económico del derecho.

i. Modelo administrativo: el caso de la Comisión para el Mercado Financiero.

La Ley 21.000 crea la Comisión para el Mercado Financiero, organismo que tiene entre sus objetivos velar por el correcto funcionamiento, desarrollo y estabilidad del mercado financiero, facilitando la participación de los agentes del mercado y promoviendo el cuidado de la fe pública, además de fiscalizar que todo agente del mercado cumpla con las leyes, reglamentos, estatutos y disposiciones que las rijan.

El artículo 5 de dicha ley señala dos aspectos relevantes para el estudio de las medidas intrusivas en el ámbito administrativo. En primer lugar, el numeral 27 establece la facultad de la CMF para solicitar medidas intrusivas al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, mientras que el numeral 5 señala el

procedimiento aplicable (regulado con ocasión de las solicitudes que puedan afectar el secreto bancario). De esta forma, la norma señala lo siguiente:

“Artículo 5.- La Comisión está investigando de las siguientes atribuciones generales, las que deberán ser ejercidas conforme a las reglas y al quórum de aprobación que determine esta ley:

*5. (...) Salvo los casos especialmente regulados en otras disposiciones legales, los requerimientos de información sobre operaciones bancarias sometidas a secreto o reserva que formule el fiscal en virtud de lo establecido en este numeral deberán, además, ser **autorizados previamente por un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago**. Corresponderá al presidente de dicha corte designar, una vez al año y por sorteo, a dos de sus miembros para cumplir esta labor. Si ninguno de los ministros estuviere en funciones, corresponderá otorgar la autorización al presidente de la corte o a quien lo subrogue. La solicitud deberá ser presentada por el **fiscal conjuntamente con los antecedentes que sustenten el requerimiento** y que **justifiquen la necesidad** de contar con dicha información para efectos de verificar la existencia de las infracciones materia de la investigación o procedimiento sancionatorio en curso. En el caso de requerimientos efectuados desde el extranjero, el fiscal deberá individualizar a la entidad requirente de la información y acompañar los demás antecedentes que fundamenten la solicitud respectiva.*

*La **solicitud que haga el fiscal y la resolución** que recaiga sobre ella deberán **fundarse en antecedentes claros, precisos y graves** acerca de la realización de conductas materia de la investigación o procedimiento sancionatorio en curso, así como el carácter **indispensable de la medida solicitada para la determinación** de la infracción. Por su parte, en la resolución favorable del ministro deberá especificarse la **medida, el tiempo por el cual podrá ejercerse y las personas naturales o jurídicas a las que pueda afectar**. Para el caso de los requerimientos de autoridades extranjeras, tanto la solicitud que haga el fiscal como la correspondiente*

resolución del ministro deberán fundarse en hechos graves y específicos que se ajusten a los términos del convenio internacional de intercambio de información suscrito o ratificado por la Comisión en virtud de las facultades conferidas en el numeral 23 de este artículo, de los que se dejará expresa constancia en ambos documentos.

*La resolución a que se refiere el párrafo anterior deberá dictarse en un **plazo de tres días, sin audiencia ni intervención de terceros.***

*En caso que el **fiscal no cumpliere con alguno de los requisitos o formalidades referidos precedentemente o los contemplados en la autorización, los resultados derivados de dichas actuaciones no podrán ser utilizados como medios de prueba** en el procedimiento sancionatorio que eventualmente se inicie con motivo de la infracción investigada, ni tampoco podrán servir de fundamento para la denuncia que formule el fiscal que señala el artículo 22 por la calidad de delito que pudiere desprenderse de los mismos hechos. Con todo, dichos antecedentes podrán ser utilizados en un proceso penal ya iniciado, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 276 del Código Procesal Penal. Los **afectados podrán reclamar ante el ministro de corte a que se refiere el párrafo tercero, el que resolverá en el más breve plazo, en una sola audiencia, sin forma de juicio y oyendo a las partes, una vez que éstas hubieren tomado conocimiento de los hechos en el procedimiento sancionatorio correspondiente.***

*Si la **solicitud es rechazada** por el ministro de corte, el fiscal podrá **apelar ante la Corte de Apelaciones de Santiago**, recurso que será conocido en cuenta y sin más trámite, tan pronto se reciban los antecedentes, los que mantendrán el carácter de secretos y serán devueltos íntegramente al fiscal, fallado que sea el recurso en última instancia.*

Acogida la solicitud por sentencia judicial firme, la Comisión notificará a la entidad que corresponda entregar la información, acompañando copia

autorizada de la resolución del ministro de corte o de la sala de cuenta de la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso. Dicha entidad dispondrá de un plazo de cinco días para la entrega de la información solicitada, cuya omisión o retardo será sancionado por el Consejo de la Comisión para el Mercado Financiero de conformidad con el artículo 37.

La **información obtenida** por la Comisión bajo el procedimiento a que se refiere este número tendrá el carácter de **reservada y sólo podrá ser utilizada por ella para verificar la existencia de infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas** por la Comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delitos en la legislación sometida a su fiscalización, en el marco de investigaciones o procedimientos sancionatorios que estuviere conociendo y para la aplicación de las sanciones que procedan, o bien, para ser entregada a las entidades fiscalizadoras extranjeras que la hubieren solicitado en el marco de un convenio de intercambio de información suscrito por la Comisión en conformidad con la legislación vigente, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 180 del Código Procesal Penal. Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados a partir de las diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, otorgada de conformidad al presente numeral, cumplen con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal. La Comisión adoptará las medidas de organización interna necesarias para garantizar su reserva y controlar su adecuado uso. La información así recabada que no dé lugar a una gestión de fiscalización o sanción posterior o al intercambio de información con una entidad fiscalizadora extranjera, conforme con lo señalado previamente, deberá ser eliminada.

Los comisionados o funcionarios de la Comisión que tomen conocimiento de la información bancaria sometida a secreto o sujeta a reserva estarán obligados a mantenerla con este carácter, sin que puedan

cederla o comunicarla a terceros, salvo para cumplir con el requerimiento del tribunal ordinario que conozca de la reclamación de la sanción o de procedimientos posteriores, o de una autoridad extranjera según lo señalado anteriormente, o para fundar sus oficios de cargos y las resoluciones de término de los procedimientos sancionatorios, según sea el caso. La infracción a esta obligación se castigará con la pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados y multa de 10 a 30 unidades tributarias mensuales. Asimismo, dicha infracción dará lugar a responsabilidad administrativa y se sancionará con destitución del cargo.

27. Autorizar al fiscal a que se refiere el artículo 22, con el **voto favorable de al menos tres de sus Comisionados y mediante resolución fundada, para solicitar a Carabineros de Chile o a la Policía de Investigaciones de Chile, bajo la dirección del funcionario de la Comisión** que indique la solicitud, que proceda a ejecutar alguna de las medidas que a continuación se indican, en el marco de investigaciones o procedimientos sancionatorios. Para el ejercicio de estas atribuciones se deberá contar, además, con la **autorización previa de un ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago**, otorgada de conformidad con el **procedimiento contemplado en el numeral 5 del presente artículo**. Asimismo, tanto la **solicitud del fiscal, la resolución del ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago, la apelación del fiscal, la reclamación de los afectados, las obligaciones de reserva, los procedimientos y todas las demás reglas consagradas en la precitada norma, regirán íntegramente para el ejercicio de la facultad del presente numeral**. Para los efectos de su **incorporación al proceso penal**, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados a partir de las diligencias realizadas con la autorización precitada, **cumplen con lo dispuesto en el artículo 9 del Código Procesal Penal**.

Las medidas sujetas a dicha autorización procederán en **casos graves y calificados**, y **siempre** que resulten **indispensables para acreditar la**

realización, por parte de personas naturales o jurídicas, de conductas que constituyan **infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la Comisión y que, a su vez, se encuentren tipificadas como delito en la legislación sometida a su fiscalización**, y facultarán al fiscal, conjunta o alternativamente, para:

a) Ingresar en recintos privados y, si fuere necesario, allanar y descerrajar con el auxilio de la fuerza pública.

b) Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos.

c) Interceptar toda clase de comunicaciones.

d) Requerir a las empresas que presten servicios de telecomunicaciones que faciliten copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.

e) Ordenar a otros organismos públicos la entrega de antecedentes, incluso cuando recaiga sobre ellos alguna causal de secreto o reserva. Para estos efectos, no regirá lo establecido en el inciso segundo del artículo 35 del Código Tributario. Asimismo, la autorización judicial precitada servirá de antecedente suficiente para configurar la excepción que contempla el inciso tercero del artículo 66 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile.

Dichos antecedentes mantendrán el referido carácter, salvo los supuestos de excepción contemplados en el párrafo noveno del numeral 5 de este artículo, siendo igualmente aplicables los resguardos y responsabilidades vinculadas al manejo de esta información que se contemplan en el párrafo final del precitado numeral.” (El destacado es mío).

Para analizar la norma precedente, hay que distinguir dos elementos: la regulación de las medidas intrusivas y el procedimiento aplicable.

a) Regulación de las medidas intrusivas en la normativa que crea la CMF.

Como característica esencial, la regulación normativa de la institución de las medidas intrusivas es autónoma, no existen remisiones al Código Procesal Penal, a la ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo ni otro cuerpo legal, sino que se concentra en el artículo 5 de la Ley 21.000, y, por tanto, sus principios se radican en éste, perdiendo así el riesgo de incongruencias. En virtud de que la CMF es un organismo administrativo, la regulación supletoria debiesen ser las leyes de bases correspondientes (particularmente, la ley de bases de procedimiento administrativo).

La dirección de la medida intrusiva se mantiene en un funcionario de la CMF, personalizando, de este modo, ciertos elementos en funcionarios de la institución y no en la máxima autoridad del organismo administrativo, como el DL 211 lo hace al regular las medidas intrusivas, haciendo recaer la facultad en el Fiscal Nacional Económico.

En tercer lugar, la habilitación o autorización de la medida radica exclusivamente en un Tribunal, desaparece la necesidad de contar con una doble autorización judicial, decidiendo radicar esta facultad en el Ministro de la Corte de Apelaciones.

En cuarto lugar, respecto al ilícito, el legislador decide, conservadoramente, radicar la institución en infracciones que mantengan una tipificación administrativa y penal. En este sentido, cabe recordar que la reforma de 2009 al DL 211 decide introducir esta medida respecto a infracciones anticompetitivas que no tenían sanción penal. Pese a que este elemento pudiera parecer un “retroceso” en cuanto a dotar de facultades a organismos administrativos, la CMF mantiene su autonomía respecto a la persecución penal de los ilícitos regulados en la Ley 21.000. Por ello, señalar que las medidas intrusivas en sede administrativa son una especie de alcance de su naturaleza penal, sería un error dogmático.

Las medidas se regulan considerando casos graves, calificados y siempre que sean indispensables, considerando el principio de idoneidad técnica y proporcionalidad que rige tanto en el CPP como en el DL 211.

Respecto a la confidencialidad y/o reserva de los antecedentes, estos mantienen dicho carácter, regulándose como una garantía esencial para el afectado.

Por último, cabe precisar que resulta interesante la regulación de la letra e) del numeral 27, de manera que se considera como una suerte de medida intrusiva *“Ordenar a otros organismos públicos la entrega de antecedentes, incluso cuando recaiga sobre ellos alguna causal de secreto o reserva”*. Cabe precisar que esta letra pudiese eventualmente afectar a la FNE, de manera que la CMF pareciera tener una norma amplia de recopilación de antecedentes. Frente a dicha situación, se decide omitir la regulación procesal penal respecto de la contienda de competencias para entregarle dichas facultades al Ministro de Corte de Apelaciones, recurriendo, de esta forma, a unificar esta institución.

En suma, la regulación de las medidas intrusivas evoluciona positivamente en la ley 21.000, de lo que se desprende que el legislador consideró, a priori, la experiencia de la FNE respecto a sus facultades, decidiendo entregar las propias a la CMF. Al respecto, decide innovar, permitiendo a la CMF solicitar directamente al Ministro de la Corte de Apelaciones que ordene a otra institución pública la entrega de antecedentes.

b) Regulación procedimental para la habilitación de las medidas intrusivas en la Ley 21.000.

La regulación del procedimiento para la habilitación de medidas intrusivas se encuentra en el numeral 5 del artículo 5 de la Ley 21.000. Ratificando la eficiencia del diseño, el inciso tercero del numeral 5 analizado, regula, además, el procedimiento para la designación del Ministro de Corte de Apelaciones de Santiago (único Tribunal facultado para conocer de este procedimiento), quién deberá resolver las solicitudes de la CMF.

En segundo lugar, se señala como deber del fiscal de la CMF, al solicitar la medida, que acompañe antecedentes a su solicitud. Como características, dichos antecedentes deberán ser claros, precisos y graves, debiendo dar cuenta de la

aparente realización de conductas ilícitas (hechos) y del carácter indispensable de la medida para la investigación (principio de mínima intervención y ultima ratio).

Además, el inciso cuarto regula el contenido que debe tener la resolución del Ministro de la Corte de Apelaciones, la que debe especificar la medida, el tiempo en el que debe ejercerse y las personas naturales o jurídicas a las que pueda afectar. El inciso siguiente señala que el Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago deberá dictar la resolución en un plazo de tres días, sin audiencia o intervención de terceros (unilateralidad de la audiencia). No se señalan, sin embargo, sanciones al respecto, por lo que el plazo señalado no será fatal. Este aspecto es una novedad respecto de la regulación del DL 211.

Por otra parte, existe un vacío en cuanto a la regulación de procedimientos urgentes, el tiempo en que se puede practicar el allanamiento, la custodia de los antecedentes incautados y el procedimiento de devolución aplicable, elementos que no fueron contemplados y que deben considerarse para efecto de un estatuto administrativo integral respecto a las medidas intrusivas.

Respecto a la prueba ilícita, la Ley 21.000 señala como regulación a los casos en que el fiscal no cumpliera con alguno de los requisitos o formalidades referidos en el numeral 5 o los contemplados en la autorización (numeral 27), los resultados derivados no podrán ser utilizados como medio de prueba en el procedimiento sancionatorio o en la denuncia del fiscal por la calidad de delito, pese a que podrán ser utilizados si el procedimiento penal ya ha sido iniciado, sin perjuicio del artículo 276 del Código Procesal Penal (prueba ilícita regulada en sede penal). En este sentido, la regulación de la prueba ilícita parece ser consistente con aquella regulada en el DL 211, analizando aspectos meramente procedimentales y no sobre la omisión o afectación de derechos fundamentales, que es el objeto de la prueba ilícita en el proceso penal.

En cuanto al medio para impugnar la licitud de la prueba recogida, la Ley 21.000 recurre a la institución de la Audiencia Única, de manera que los afectados podrán reclamar ante el Ministro de Corte de Apelaciones en una sola audiencia, sin forma de juicio, en el que se oirá a las partes, una vez que éstas hubieren tomado

conocimiento de los hechos en el procedimiento sancionatorio correspondiente. En este contexto, no se consideró la discusión que motivó la reforma de 2016 al DL 211, por lo que no contiene una oportunidad procesal o plazos. Sin embargo, contiene una limitación: sólo se podrá iniciar una vez que el afectado hubiere tomado conocimiento de los hechos en el procedimiento sancionatorio correspondiente, lo que implica que propiamente se regula una especie de incidente especial y no una acción. Ello es consistente con la propuesta efectuada en el capítulo anterior, de manera que lo más efectivo es que la Audiencia Única tenga lugar antes del término probatorio y después de iniciado el procedimiento contencioso.

Luego, se regula un medio de impugnación respecto a la resolución del Ministro de Corte de Apelaciones, siendo una apelación que se conocerá en cuenta y sin más trámite, tan pronto como se reciban los antecedentes, los que serán secretos. En este aspecto, no se detalla un plazo para apelar, respecto a lo que tampoco existe un cuerpo normativo supletorio claro respecto al procedimiento. Considerando que la Ley 19.880 no regula el recurso de apelación, se debería recurrir al Código de Procedimiento Civil, de manera que, en consideración al artículo 189, la apelación debiese tener el plazo de diez días (considerando que la resolución resuelve el asunto sometido a discusión). Sin embargo, esta ausencia de plazo puede dar lugar a contingencias, por lo que corresponde suplir esta omisión.

Por último, la norma señala que la información obtenida con ocasión del ejercicio de las medidas intrusivas tendrá el carácter de reservada, y sólo podrá utilizarse para verificar la existencia de infracciones a las normas que rigen a las personas o entidades fiscalizadas por la Comisión y, a su vez, se encuentren tipificadas como delitos en la legislación sometida a su fiscalización. Igualmente, se podrá entregar esta información a entidades extranjeras que lo soliciten. Para efectos de incorporarse al proceso penal, se tendrá en consideración lo dispuesto por el artículo 9 del CPP, de manera que se entenderá que los antecedentes recabados han sido solicitados con autorización de un tribunal.

En este sentido, la regulación de hallazgo casual parece ser más amplia, de manera que no es necesario detallar una conducta específica a la hora de incautar información, bastará con que la infracción investigada sea de competencia de la CMF. Por otro lado, en cuanto a la reserva de la información, no se regula si el traslado de la prueba a la investigación penal mantendrá tal carácter o el Ministerio Público tendrá absoluta libertad de acompañar al proceso penal la documentación sin dicha garantía, ámbito que debiese regularse consistentemente con el DL 211.

En suma, el legislador, en virtud del estatuto regulatorio que entregó a las medidas intrusivas respecto de la Comisión para el Mercado Financiero, debiese considerar unificar principios y criterios entre el DL 211 y la Ley 21.000. No es de extrañar que la regulación de estas facultades comience a implementarse en organismos administrativos como Superintendencias, Servicio de Impuestos Internos, entre otros, para lo que ciertos aspectos que pueden generar inseguridad jurídica, como la custodia, devolución, reserva o confidencialidad de antecedentes, recursos, regulación de la prueba ilícita, medio de impugnación, traslado al proceso penal, principios y reglas procedimentales tengan una legislación supletoria idónea que considere las características de los afectados y regule elementos esenciales.

Si bien la regulación de la Comisión para el Mercado Financiero deja en claro que el legislador ha considerado la experiencia de la FNE, mantiene omisiones básicas y graves en la normativa procesal, lo que pone de manifiesto que es un error dejar a cada cuerpo normativo la regulación completa de una institución tan delicada e importante para la eficacia de la investigación administrativa.

ii. Recomendaciones de la “*International Competition Network*”.

La “*International Competition Network*” (en adelante “*ICN*”) es un organismo internacional cuya misión es generar estándares y procedimientos que ayuden en la elaboración de políticas de competencia óptimas, por lo que realiza estudios que tienen por objeto analizar y formular propuestas de política económica, además de unificar criterios internacionales que tienen por objeto potenciar el derecho del consumidor, la libre competencia, y, en suma, la economía.

Al respecto, el manual de reforzamiento anti-carteles²⁹⁶ (en adelante el “reporte”), lanzado en mayo de 2009, estudia la regulación de diversas agencias de libre competencia (en adelante, las “agencias”), identificando las técnicas de investigación y prácticas usuales.

De manera introductoria, el reporte señala:

- Allanamiento y registro: 34 de 39 agencias analizadas señalan mantener herramientas de investigación que incluyen la posibilidad de analizar documentación de este tipo, mientras que las cinco agencias restantes mantienen herramientas investigativas con poderes limitados.
- Órgano competente: las 40 agencias estudiadas tienen un organismo competente señalado en la ley.
- Autorización judicial: 32 de 39 agencias señalan que las medidas intrusivas son concedidas por una autorización judicial o de un superior jerárquico. 1 agencia señala que se debe notificar al afectado previo a la ejecución de la orden.

El reporte igualmente manifiesta que el allanamiento, frente a otras técnicas de investigación, es señalada por las agencias como una de las más poderosas técnica de investigación. En este sentido, las investigaciones, en la mayor parte de los casos, no son comunicadas a los afectados, dado que la conducta generalmente es clandestina, por lo que otras herramientas de investigación ponen en riesgo que los antecedentes sean alterados o eliminados, al requerir una notificación previa. Muchas agencias señalan incluso que el allanamiento e incautación son su primera herramienta investigativa, toda vez que cuenta con un elemento sorpresa, único e irrepetible.

Por otra parte, las agencias señalan que otras herramientas investigativas, en general, tienen un elevado costo humano y de tiempo. Un allanamiento disminuye

²⁹⁶ International Competition Network, *Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter 1: Searches raids and inspections*, 2009, [En línea] https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/CWG_ACEMSearchesRaids.pdf [Consultado: 6.10.2019] Traducción propia.

esos costos administrativos, toda vez que proporciona documentación esencial, evita la demora respecto a solicitudes de información o citaciones, y envía un mensaje al afectado de que la investigación está en una etapa crítica, elemento que, pese a parecer secundario, tiene importantes repercusiones al ser estudiado en relación a la delación compensada.

Pese a que ello parecería generar incentivos perversos para utilizar este tipo de herramientas, las agencias indicaron que sólo la usan en caso de que otras herramientas sean menos efectivas. Siete agencias señalan que solo la solicitan en caso de que la probabilidad de alteración o destrucción de la evidencia sea elevada (o existan sospechas fundadas). Muchas agencias informan que las utilizan solo si otras medidas investigativas no parecen ser efectivas. Dos agencias señalan que su diseño institucional exige justificar la “necesidad” de la medida, mientras que otras dos agencias señalan que están sujetas al principio de proporcionalidad para solicitar la medida, debiendo contar con evidencia suficiente.

Sobre el procedimiento para la habilitación de la medida, la mayoría de las agencias señalan que para allanar e incautar se requiere una orden judicial. Sin embargo, algunas agencias tienen la facultad de emitir dicha autorización por sí mismos, sea por el jefe de la institución o la comisión encargada.

El reporte señala que, para dictar la orden judicial, la agencia debe probar una sospecha razonable o causa probable de la ocurrencia de los hechos, además de la necesidad de la medida. Una de las agencias, incluso, señaló que debe probar que solicitó antecedentes y éstos no fueron entregados por el afectado. Al respecto, otra de las agencias manifestó que este requisito de sospecha razonable es difícil de cumplir en una etapa temprana de la investigación, pues se requieren antecedentes. Igualmente, otra agencia señala que es difícil acceder a información si no hay sospecha concreta respecto a la participación de un tercero.

La mayor parte de las agencias coinciden en que los antecedentes utilizados para obtener una autorización judicial son confidenciales, y no se exhiben hasta que se judicializan o se inicia un procedimiento, momento en que los afectados tienen

acceso a los antecedentes. Respecto a este acceso, no siempre se contempla como un derecho, este puede ser limitado por las agencias si existe una razón para ello, como la delación compensada o por contener antecedentes graves que comprometan la investigación. Por ello, algunas agencias limitan este acceso a través de una autorización judicial.

El reporte analiza, posteriormente, elementos de composición interna de cada agencia, que exceden el marco normativo de este estudio. El siguiente elemento normativo relevante, se refiere al deber de notificación. En este sentido, treinta agencias señalan que no tienen obligación de notificar previo al allanamiento, incluso tres agencias señalan la importancia de que el afectado no tenga conocimiento de la misma, como elemento de éxito de la medida. Algunas de las agencias señalaron, sin embargo, la necesidad de notificar con algunos días previos.

Respecto a la duración de la medida, diez agencias señalaron que no tienen límites al respecto. Dos agencias señalan que ésta se debe hacer en un acto único, hasta terminar el allanamiento, tres agencias señalan que se debe extender por un período razonable, y otras dos que deben hacerlo bajo un tiempo proporcional a las metas, no pudiendo exceder de cuatro días. En este sentido, algunas agencias señalaban tener limitaciones en la resolución otorgada por el Tribunal, como un número limitado de días (que variaban entre 24 horas a 25 días), según lo solicite la agencia y el Tribunal lo autorice, con la posibilidad, en algunos casos, de extenderlo a través de nueva autorización judicial.

Sobre el horario en que se puede practicar el allanamiento, siete agencias señalan que no están limitadas por horas específicas. Aquellas agencias que sí lo estaban, señalaban que el límite variaba, algunas fuera del horario laboral, otras en las mañanas, mientras que una señaló que solo tenía como límite que fuera en días hábiles. Otra agencia señaló que la autorización se extiende solo entre 06:00 a 22:00, pero que se puede alterar si se justificaba en la autorización judicial. Al respecto, los principales argumentos del diseño institucional para realizar el allanamiento dentro del horario laboral o en días hábiles, decía relación con el

principio de proporcionalidad, mientras que aquellas que señalaba que debía ser fuera del horario laboral o en días inhábiles, se justificaban bajo el principio de mínima intervención.

Respecto a la notificación, la mayor parte de las agencias deben exhibir la orden judicial al afectado o algún representante legal del afectado. Otros al dueño o alguna persona que se encuentre en el recinto como encargada. En algunos casos, la legislación solicita que las agencias expliquen la orden judicial al encargado.

La mayor parte de las agencias no pueden suspender el allanamiento, sin embargo, algunas deben hacerlo en caso de que el afectado no tenga presente a su abogado. Para estos efectos, las agencias pueden utilizar medidas de vigilancia. Sin embargo, casi la totalidad de las agencias señalan que, en caso de no contar con un abogado, no pueden suspender el allanamiento, principalmente porque dicho período es utilizado para ocultar, falsificar o destruir prueba.

Los líderes o jefes a cargo del equipo de incautación de algunas agencias señalaron ciertos elementos a considerar para el correcto ejercicio del derecho a abogado: (i) estantes y habitaciones selladas; (ii) documentos en el mismo estado y lugar que al ingresar al local; (iii) permiso para que los oficiales de la agencia ingresen y permanezcan en el lugar; y (iv) que el local se encuentre debidamente asegurado (medidas de vigilancia).

Algunas agencias señalan tener la facultad de realizar registros corporales, a través de las Policías, a aquellas personas que se encuentren o se retiren del lugar. Ninguna agencia tenía facultad de arrestar personas para realizar registros. En este sentido, algunas agencias señalaron que debían concurrir ciertos requisitos: (i) sospecha razonable de que un antecedente solicitado en la autorización judicial esté en poder de la persona que se solicita registrar; (ii) que la orden judicial incluya la posibilidad de registrar maletines, computadores, celulares u otros documentos que puedan tener antecedentes relevantes y pertenezcan a determinadas personas; (iii) que el funcionario a cargo del allanamiento tenga

sospecha razonable de que una persona determinada tenga documentos o antecedentes relevantes; o (iv) que el individuo dé su consentimiento expreso.

Entre otras facultades que mantienen algunas agencias, se incluía la de tomar declaraciones de empleados y gerentes. Principalmente, las agencias que tenían estas facultades señalaron su utilidad respecto de: (i) identificar la ubicación de documentos relevantes; (ii) explicar los documentos; (iii) proporcionar claves, contraseñas o llaves para acceder a la información (como manifestación del principio de mínima intervención). Aquellas agencias que indicaron no tener estas facultades manifestaron igualmente requerir, voluntariamente, la cooperación de los empleados para cumplir con estos fines.

Sobre este último punto, las agencias refieren la importancia de la Delación Compensada, en virtud de que, al no poseer facultades, no pueden tomar declaración, pues: (i) la medida intrusiva lesiona derechos fundamentales, por lo que la declaración no será neutral, sino circunstanciada; (ii) la cooperación que pueda dar un funcionario o el afectado, no se extiende a dar declaraciones; (iii) la toma de declaraciones puede distraer a la policía o la agencia, por lo que, en virtud de los recursos limitados de los que se dispone en un allanamiento, la agencia informa los derechos y da la oportunidad de la delación compensada.

Muy pocas agencias, igualmente, señalan tener la posibilidad de capturar fotografías o grabar videos. Solo una manifiesta hacerlo como medio de recopilación de pruebas, mientras que otras dos agencias señalan que es un medio de prueba circunstancial o para otorgar contexto.

Por último, respecto a la destrucción de antecedentes, las agencias señalan que constituiría un delito de obstrucción a la justicia. Otras señalan que la califican como falta de cooperación (a modo de agravante). Como excepción, sin embargo, una de las agencias señaló que no tiene facultades para contrarrestar los problemas por destrucción de evidencia o interferencias con la prueba.

En cuanto a ciertos elementos internos de relevancia, se encuentra la cadena de custodia. Al respecto, las agencias con competencia penal tenían procedimientos

claros en la legislación, sin embargo, aquellas agencias administrativas carecían de tales procedimientos en relación a la cadena de custodia.

Otro elemento relevante dice relación con el tratamiento de los antecedentes originales. Al respecto, seis agencias señalan que realizan copias de los antecedentes originales, resguardando los originales con un encargado de custodia, el jefe de la investigación o de la agencia, o a cargo de la policía. Sobre los antecedentes originales, además, se sellaban, manteniendo en todo momento intacto el sello hasta el fin de la investigación, y se asigna un rol o número.

El último de los elementos internos de relevancia decía relación con las copias de los antecedentes originales y su destino. En algunos casos, las copias no estaban disponibles para las partes, otras agencias lo analizaban caso a caso, dependiendo de la posibilidad de dar cumplimiento efectivo al requerimiento.

Finalizando el reporte de la ICN, se señalan ciertas prácticas a considerar:

Respecto de la entrada:

- (i) Que mantenga el elemento sorpresa.
- (ii) No alertar a ningún funcionario ni mencionar los propósitos u objetivos del allanamiento.
- (iii) En caso de que el allanamiento comprenda más de un lugar, entrar simultáneamente y mantener coordinación.

Respecto del registro:

- (i) Que se respete el principio de mínima intervención.
- (ii) Que quién dirija la investigación proporcione una copia de la autorización de búsqueda a un funcionario con jerarquía del local allanado, a quién se le explique la naturaleza de la búsqueda y se le prevenga para que no obstruya la investigación.
- (iii) Asegurar las instalaciones, a través de medidas de vigilancia u otra medida conducente a evitar la pérdida o destrucción de evidencia.

- (iv) Si existen medidas para dilatar el registro (como el derecho a un abogado), permitir el ejercicio de ese derecho asegurando, sin embargo, el recinto.
- (v) Que la policía esté preparada para responder frente a la potencial destrucción de evidencia.
- (vi) Registrar los eventos, por medio de notas o video.
- (vii) Identificar, en caso de incautación, los documentos incautados (bajo un numero de evidencia).
- (viii) Cadena de custodia de los documentos.

Respecto del período post búsqueda (dentro de la agencia).

- (i) Tener un encargado y un lugar propicio, con monitoreo y restricciones, para la evidencia incautada.
- (ii) Crear una base de datos adecuada con los materiales.

iii. Propuesta normativa: distribución y criterios angulares.

A lo largo de este trabajo, se estudiaron diversos tópicos: el análisis económico del derecho procesal de libre competencia, un análisis de las medidas intrusivas a nivel procesal penal y un análisis de las medidas intrusivas en el derecho de la libre competencia. Así, en el capítulo anterior señalé una serie de deficiencias que debían ser corregidas, a la vez que señalé cuales elementos se deben considerar como base para su corrección.

Para sentar las piedras angulares de una reforma legal, en este capítulo señalé que es necesario tomar en cuenta la paulatina incorporación de esta herramienta fuera del ámbito procesal penal, como lo es en la Ley 21.000 que regula la CMF, considerando, por tanto, que su regulación debe apuntar a un estatuto general de medidas intrusivas en el ámbito administrativo.

Por ello, dividiré mi propuesta en tres elementos: a) estatuto de derechos al afectado de medidas intrusivas y consagración general (ley de bases del

procedimiento administrativo) y especial (DL 211); b) estatuto general de medidas intrusivas: regulación del procedimiento base, resguardos del órgano administrativo y recursos; y c) estatuto especial de medidas intrusivas del DL 211.

a) Estatuto de derechos al afectado de medidas intrusivas.

Como latamente analicé en el capítulo II, la diligencia de entrada afecta un interés jurídicamente protegido: el de la vida privada y la información, así como el derecho a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. Por otro lado, la diligencia de incautación afecta, además, el derecho a la propiedad privada.

Para resguardar los derechos fundamentales lesionados, debemos considerar que la aplicación de las medidas intrusivas, según el criterio Kaldor-Hicks, implicaría transitar de un estado procesal X a un estado procesal Y, respecto de lo cual el órgano administrativo se beneficiaría, mientras que el agente investigado sería perjudicado. Para ello, es importante establecer una regulación común, en la ley de procedimiento administrativo, como un capítulo adicional, y, además, regular, según cada sede (libre competencia o financiero, según la CMF) el interés jurídico particular.

Para regular el estatuto general, se debiesen considerar los requisitos externos e internos estudiados a propósito de la regulación de la normativa penal, para sentar sus elementos esenciales. Particularmente, no abordaré en concreto una propuesta normativa por la extensión que requeriría, sino que me remitiré al núcleo o piedras angulares de dicha regulación.

1) Ley de bases de procedimiento administrativo.

Con el propósito de eliminar toda remisión al Código Procesal Penal, y, para consagrar un procedimiento general y supletorio de diligencias lesivas de derechos fundamentales, se debiese agregar un capítulo VI a la ley de procedimientos administrativo.

Particularmente, y con objeto de cautelar los derechos lesionados, es necesario analizar qué garantías mínimas, según los requisitos externos o formales, e internos y de fondo, habilitarían la aplicación de medidas intrusivas.

(i) Requisito externo o formal.

Es necesario analizar, para el cumplimiento de este requisito:

- Justificación teleológica: el bien jurídico en este caso es el interés público propio de la investigación de una infracción administrativa, con objeto de recabar antecedentes que den cuenta de los hechos relevantes para el proceso administrativo. De esta manera, la justificación teleológica concreta debe quedar plasmada en la solicitud al Ministro de la Corte de Apelaciones, sin embargo, en la normativa de procedimiento administrativo, debe quedar clara la necesidad de la medida.
- Habilidad legal expresa: esto debe ser encargado a la ley especial. En cada cuerpo normativo que habilite la aplicación de diligencias intrusivas, se debe respetar el mandato de la Constitución, particularmente los artículos 19 n° 4, 5 y 24.
- Resolución judicial motivada: el Tribunal que se debe encargarse de conceder la medida es, para unificar la normativa existente y permitir centralizar las solicitudes a futuro, un Ministro de la Corte de Apelaciones respectiva. Cada normativa especial puede establecer si la Corte de Apelaciones a la que se encuentra adscrito el Ministro respectivo, pudiendo corresponder a una Corte de Apelaciones en específico (como sucede en el DL 211, con un Ministro de Corte de Apelaciones de Santiago) o bien, uno que se encuentre adscrito dentro del territorio jurisdiccional donde se comete la infracción administrativa en cuestión. La normativa general debe regular todos los elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales que deba contener la resolución que habilite la medida.

(ii) Requisito interno o de fondo.

Se deben cumplir, para este requisito, los siguientes elementos:

- Apariencia antijurídica: en la práctica, el principal problema que se ha detectado en la habilitación de las diligencias intrusivas por parte del TDLC es su excesivo estándar de apariencia antijurídica. Si bien la norma alude a la existencia de “*indicios suficientes acerca de la existencia de hechos que podrían constituir una infracción a la letra a) del artículo 3*”, tanto la FNE como el TDLC realizan la solicitud y análisis respectivo detallando o exigiendo más detalle del que la norma prevé para su concesión, centrándose más en la infracción que en la existencia de antecedentes o indicios suficientes. De esta manera, no parece claro el establecimiento de un estándar en dicha norma. A diferencia de otros tipos de investigaciones (como la investigación penal en Perú), en que se regulan estándares indiciarios, en Chile no tenemos una regulación clara respecto a que estándar es necesario. Sin embargo, desde el punto de vista constitucional, bastaría que la aplicación de la medida se base en alguna sospecha objetiva que requiera una investigación administrativa para su habilitación, por lo que apariencia de antijuridicidad busca impedir la aplicación arbitraria de la medida.

Desde mi perspectiva, y considerando la distribución de costos administrativos a favor del ente persecutor, sería recomendable disminuir la carga probatoria para la habilitación normativa en sede administrativa. Actualmente el estándar es “*indicio suficiente*”, lo que ha sido aplicado, en la práctica, como un estándar elevado. Un indicio se ha entendido como una “*circunstancia cierta, de la cual se puede obtener, por inducción lógica, una conclusión sobre el hecho desconocido cuyo esclarecimiento se intenta*”²⁹⁷. Por su parte, la sospecha “*es un juicio ligero, una inferencia que abre camino a la duda, como basada en un indicio en estado bruto,*

²⁹⁷ SILVA, Valentín, *La prueba procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 304.

*en un indicio (lato sensu) que requiere verificarse*²⁹⁸. Por tanto, indicio y sospecha “*parten ambos de un hecho indicador; en el indicio tal hecho está plenamente probado, es una inferencia que tiene base o comprobación lógica y jurídica; en cambio, la sospecha carece de tal demostración, se funda una suposición conjetura, apariencia*”²⁹⁹.

En suma, me parece que es necesario regular la habilitación de la medida por medio de una “*sospecha razonable acerca de la existencia de hechos que podrían constituir una infracción que habilite la concesión de la diligencia intrusiva*”.

- Proporcionalidad en sentido general: la medida debe ser idónea, necesaria y proporcional. Será idónea si tiene por finalidad recabar antecedentes que se sospeche razonablemente estén en poder del afectado. Es importante determinar, en la solicitud, la idoneidad técnica de la medida en cuestión.

Será necesaria cuando no exista un medio menos lesivo, considerando las circunstancias habilitantes de cada diligencia, para alcanzar el fin. Se debe cumplir con la necesidad teleológica, es decir que sea la única medida que pueda favorecer la finalidad pretendida, finalmente una necesidad técnica, esto es que sea la que menos afecte los derechos fundamentales.

Por último, es necesario analizar la prohibición de exceso o ponderación, respecto de lo cual el beneficio del derecho fundamental protegido sea mayor al costo del derecho fundamental afectado.

Considerando el análisis de proporcionalidad, se considera necesario reducir el costo del derecho fundamental afectado. Para ello, es necesario asegurar los tres derechos afectados por la habilitación de la medida en la regulación general: el derecho a la honra, a través de la limitación de acceso a las especies o antecedentes incautados, el derecho a la inviolabilidad del hogar, a través de la

²⁹⁸ DELLEPIANE, Antonio, *La prueba civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2º edición, 1994, p.92

²⁹⁹ PELÁEZ, Gustavo, *Indicios y presunciones*, Colombia, Revista de facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5212322.pdf> [Consultado: 28.10.19]

exclusión probatoria o prueba ilícita, y el derecho a la propiedad, a través de la regulación de acceso a la especie, conservación y restitución.

2) Decreto Ley 211.

Como elemento particular del procedimiento de libre competencia, el sujeto afectado por la medida, más allá de su calidad de persona natural o jurídica, es un agente económico que tiene funciones en un mercado determinado, por lo que los documentos o antecedentes que la FNE busca incautar no darán cuenta de su desenvolvimiento en la esfera privada, sino de su desenvolvimiento competitivo, y, particularmente, buscarán indagar sobre hechos que tengan una apariencia de antijuridicidad competitiva.

En virtud de lo anterior, el principal resguardo que busca otorgar la institucionalidad de libre competencia es la confidencialidad de la información. Por ello, ajeno a una regulación general del derecho a la honra y a la vida privada, la institucionalidad de libre competencia debe otorgar mayores resguardos en este ámbito, regulando así la institución de la confidencialidad respecto de los antecedentes incautados, la devolución de documentos que no digan relación con la investigación, y el eventual traslado de la prueba a un proceso penal. Si bien, genéricamente dichos elementos se encuentran correctamente regulados y no he realizado mayores reparos en el capítulo previo, sí cabe efectuar precisiones y/o recomendaciones.

(i) Confidencialidad y reserva.

El artículo 39 letra n) del DL 211 no regula propiamente el carácter de secreto o reservado de los expedientes, sino que se debe recurrir al artículo 39 letra a), el cual regula, en su inciso tercero, que el Fiscal Nacional Económico “**podrá**” disponer de oficio o a petición del interesado que ciertas piezas del expediente sean reservadas o confidenciales, siempre que tengan por objeto proteger la identidad de quienes hayan efectuado declaraciones o aportado antecedentes, de conformidad al artículo 39 bis (delación compensada) o que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales o cualquier otro elemento cuya revelación

pueda afectar significativamente el desenvolvimiento competitivo de su titular, o resguardar la eficacia de las investigaciones de la Fiscalía. Este secreto o reserva igualmente debe considerar aquella sanción penal a la que los funcionarios de la FNE se encuentran afectos. En este sentido, los artículos 246, 247 y 247 bis del Código Penal, contienen delitos respecto de la revelación de aquellas piezas del expediente que tengan carácter de secreto. En este sentido, considerar que la facultad del Fiscal Nacional Económico es puramente discrecional, implicaría señalar que dichas sanciones penales no tienen una delimitación clara. Por tanto, una correcta y sistemática interpretación de dicha norma tiende a señalar que dicha facultad discrecional debe ser interpretada restrictivamente, exigiendo, por parte del Fiscal Nacional Económico, establecer criterios objetivos que permitan a los funcionarios de la FNE comprender la conducta exigible en el marco de sus funciones.

Considero que los antecedentes y elementos incautados deben resguardar las fórmulas, estrategias o secretos comerciales, así como también la eficacia de las investigaciones de la Fiscalía. Para dichos efectos, sin embargo, se debería señalar expresamente, por la norma, el carácter de secreto de los antecedentes, de manera que las únicas partes que tengan acceso sean el titular y la FNE.

- (ii) Obligatoriedad de la devolución de antecedentes que no digan relación con la investigación.

La práctica ha señalado la importancia de la devolución que la FNE realiza de oficio respecto a aquellos antecedentes que no dicen relación con la investigación. Sin embargo, es necesario regular esta práctica formalmente, señalando plazos, procedimiento y casos en que se deban devolver antecedentes que no sean útiles o no digan relación con el objeto de la investigación. A través de la regulación de este elemento, se compensa el perjuicio causado al perdedor con la habilitación de la medida, toda vez que el afectado recupera los antecedentes incautados, cesando la privación de la propiedad.

(iii) Traslado de la prueba al proceso penal.

El traslado de la prueba es uno de los elementos de regulación más confusa en el actual modelo. Considero que el principal problema de su regulación es la incorrecta comprensión de lo que se está trasladando. Si bien este elemento lo precisaré respecto a la regulación concreta en el DL 211 de la medida, resulta indirectamente afectada en cuanto al derecho a la honra y la vida privada, toda vez que es importante regular correctamente el traslado de la versión pública del instrumento probatorio que es resultado de una incautación.

En primer lugar, el artículo 64 del DL 211 se refieren a que *“El Ministerio Público podrá solicitar al TDLC el alzamiento de la confidencialidad o reserva de determinadas piezas de su expediente para la utilización en el proceso penal”*. Por su parte, el artículo 65 del DL 211 señala que *“Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las **copias** de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un ministro de Corte de Apelaciones, cumplen con lo dispuesto por el artículo 9° del Código Procesal Penal”*.

Por tanto, lo que se puede trasladar son piezas del expediente del TDLC, es decir, prueba instrumental o aquella susceptible de percepción documental, pero no en su carácter confidencial, sino exclusivamente aquellos antecedentes que tengan el carácter de público. Es importante destacar esto, por cuanto lo que se traslada no es la diligencia de incautación realizada por la FNE, de manera que exista alguna especie de ficción jurídica en que el Ministerio Público deba nuevamente cargar con el examen de licitud probatoria de los documentos, sino que se traslada la prueba, de manera que corresponde presentarla al proceso penal como prueba instrumental o susceptible de percepción, en su carácter público, es decir, respetando todas las censuras decretadas por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento contencioso.

Para especificar lo anterior, debería existir norma expresa que dé cuenta del traslado. De esta manera, no corresponde simplemente señalar que la diligencia

se debe entender como realizada según la autorización judicial del artículo 9 del Código Procesal Penal, puesto que ello permitiría introducir, eventualmente, una nueva discusión sobre licitud probatoria, toda vez que la norma señala que las “diligencias” se entienden realizadas con autorización judicial. Lo que se traslada no es una diligencia, sino prueba instrumental o susceptible de percepción documental, directamente desde el proceso, cuyo examen de licitud ya se encontraría aprobado por el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, y cuyo contenido se encontraría censurado según el debate y aprobación del TDLC.

Por lo anterior, considero necesario regular correctamente, o precisar, qué es lo que se traslada (prueba), en que calidad (versión pública y previo examen de licitud) y limitar nuevas discusiones sobre el secreto y la ilicitud probatoria.

b) Estatuto general de medidas intrusivas.

Como he propuesto en el capítulo anterior, la ley de bases del procedimiento administrativo (Ley 19.880) debe contener la normativa supletoria de la regulación de las medidas intrusivas. Ello toda vez que el sujeto afectado por la medida no tiene las particularidades del imputado en el proceso penal, por lo que las garantías y derechos tienen matices importantes e irreconciliables, mientras que el bien jurídico y la potencial sanción admiten una disminución del costo procesal para su habilitación.

De esta manera, se debe regular un apartado de normas generales, luego, normas sobre registro e incautación de objetos y documentos, en tercer lugar, normas sobre inventario, custodia y restitución de los objetos y documentos, y, por último, reglas generales sobre la Audiencia Única.

1) Normas generales sobre la entrada y registro.

En primer lugar, la norma debe señalar que la habilitación específica de cada medida se entregará en la ley particular que regule al órgano administrativo de la Administración del Estado que corresponda, respecto a lo cual el presente capítulo tendrá como objeto regular supletoriamente la habilitación de la medida. Para efectos de ejecutar la medida, el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones

oficiará a Carabineros o a la Policía de Investigaciones, quiénes se encontrarán bajo la dirección del funcionario del órgano administrativo a cargo de la investigación.

Luego, es necesario señalar que la medida de entrada sólo se aplicará respecto de lugares cerrados y con autorización judicial previa, observando el principio de mínima intervención y causando el menor daño a los ocupantes. Previa solicitud al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, se podrá solicitar la aplicación de medidas de vigilancia hasta 12 horas antes de la diligencia de entrada y registro, con objeto de analizar las condiciones para la aplicación de la medida, siempre que no afecte la eficacia de la medida, elemento que deberá ponderar el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones correspondiente al resolver la solicitud.

En este sentido, es necesario eliminar la posibilidad de solicitar la medida de entrada y registro de manera voluntaria o por flagrancia, por ser ajenas a las posibilidades de habilitación en sede administrativa, además de no considerar otros medios por los que la administración pueda requerir antecedentes. Corresponde, sin embargo, que, con ocasión del principio de mínima intervención, el personal de Carabineros o Policía de Investigaciones y el funcionario administrativo a cargo de la medida, soliciten el acceso al encargado o propietario del lugar cerrado, sin perjuicio que, frente a negación u omisión de respuesta, las Policías podrán hacer uso de la fuerza pública para el ingreso.

Respecto al lugar, cabe señalar que será objeto de la medida todo lugar cerrado en que se tenga una sospecha razonable de la existencia de objetos, documentos o antecedentes que den cuenta de la comisión de una aparente infracción administrativa (que habilite la medida), sin importar que el afectado no sea el propietario o encargado del recinto. Al respecto, dichos objetos, documentos o antecedentes podrán encontrarse en poder del titular o de un tercero, cuya limitación será que el contenido de los objetos, documentos o antecedentes digan relación con el objeto de la investigación, de manera directa o circunstancial.

Luego, se debe regular el horario de aplicación de la medida. En principio, considero que se debe preferir el principio de mínima intervención, por lo que el

horario de habilitación de la medida debiese ser entre 18:00 horas a 09:00 horas en días hábiles administrativos, y las 24 horas en los días restantes. De esta forma, se evita la interrupción de la jornada laboral y se evitan potenciales contingencias respecto a destrucción de la prueba. Sin perjuicio de lo anterior, y previa autorización del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, se podrá solicitar la habilitación de cualquier horario, según razones fundadas. Igualmente, la diligencia deberá ser en un acto único y continuo, susceptible de suspender en una única ocasión, debiendo constar el motivo en el acta de allanamiento. A partir de la dictación de la medida, el órgano administrativo podrá practicarla en un margen de 15 días máximo, a su conveniencia. En caso de no practicar la diligencia en dicha fecha, deberá solicitar una nueva habilitación para efectuar la diligencia. Por último, se deberá notificar de la medida al encargado o propietario del lugar cerrado a través de carta certificada una vez concluida la diligencia y hasta 3 días después.

En quinto lugar, se deben regular las menciones esenciales, de la naturaleza y accesorias que debe contener la resolución del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones. Como elementos esenciales, se debe regular: i) el o los lugares cerrados que serán objeto de la diligencia; ii) el funcionario administrativo y el órgano a cargo de la investigación; iii) las policías encargadas del registro (que unidad de Carabineros o PDI estará a cargo); y, iv) el motivo de la diligencia y el contexto de la investigación. Será de la naturaleza i) el margen de días en que se podrá practicar la medida (en caso de ser menor a 15 días); y, ii) la habilitación de horas extraordinarias para practicar la diligencia, bajo solicitud fundada. Por último, será accidental la solicitud de medidas de vigilancia. El Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones deberá pronunciarse en un plazo máximo de 3 días sobre la solicitud del órgano administrativo.

Respecto de las normas generales para el registro, no será necesario invitar al dueño o encargado a presenciar el acto, sin embargo, éste podrá solicitarlo al funcionario administrativo encargado de la diligencia, quién deberá dejar motivación en el acta de registro si concede o deniega fundadamente dicha

solicitud. De igual manera, si el funcionario administrativo encargado de la diligencia lo estima conveniente, podrá tomar declaración al encargado o propietario del lugar, o a aquel dependiente de éste, para efectos de interrogarlo sobre aquellos lugares en que se encuentre documentación, objetos o antecedentes relevantes, siempre considerando que no afecte la eficacia de la medida.

Durante la ejecución de la diligencia de registro, se deberá evacuar el personal que se encuentre en el recinto o lugar cerrado, para evitar la destrucción de evidencia. Entre el ingreso y el registro, el encargado de la diligencia, junto con las policías, deberá velar por la integridad de los objetos, materiales o antecedentes, por lo que durante la salida de las personas que se encuentren al interior del lugar cerrado, no se podrán retirar objetos que puedan contener elementos objeto de la investigación. Al respecto, y según señala la ICN, conviene tipificar como delito de obstrucción a la justicia la destrucción de evidencia, y, considerando la experiencia de la FNE, debiese adoptarse dicha sugerencia. En el caso de proceder a dicha tipificación, durante el ingreso se deberá hacer presente al encargado o dueño del lugar sobre la eventual comisión de dicho delito.

Por último, se debe regular las menciones del acta de entrada y registro. En dicha acta deberá mencionarse: i) si se requirió uso de la fuerza pública; ii) nombre del propietario o encargado; iii) si se cumplió con la entrega de la carta certificada; iv) detalles de la práctica de la diligencia; v) si el dueño o encargado solicitó estar presente en el acto; v) si el funcionario administrativo a cargo solicitó declaración al encargado o propietario. En este último caso, se deberá acompañar un acta del testimonio o declaración del encargado o dueño del recinto o de su dependiente.

- 2) Registro e incautación de objetos y documentos que acrediten la existencia de la infracción.

En primer lugar, la norma de habilitación genérica para la incautación debe señalar que los objetos que se incauten sean aquellos que (i) tengan relación directa o circunstancial con el hecho investigado; y/o (ii) puedan servir como medio de prueba, previa orden judicial, cuando la persona no los entregare voluntariamente

en la instancia administrativa correspondiente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

Como eventualmente la posibilidad de incoar un proceso penal puede poner en duda si dichos objetos pueden ser objeto de la pena de comiso, en virtud de que no son ilícitos y, en general, admitirán respaldo (fotocopia, respaldo digital en disco duro, entre otros), se debe señalar la inaplicabilidad de dicha pena para los objetos incautados, con la única excepción que se señalará en lo sucesivo.

Respecto de la habilitación de la incautación, está deberá incluirse en la solicitud, bastando una mención genérica de la diligencia respecto de aquellos objetos que tengan la calidad previamente señalada. En la solicitud deberá indicarse expresamente si la diligencia se solicitó posterior a un requerimiento de antecedentes o sin previo requerimiento. En caso de no existir un requerimiento previo, se debe señalar expresamente el motivo por el cual no se realizó y como puede afectar la investigación dicho requerimiento. Si bien ello puede simplemente implicar una mera formalidad, debe funcionar como disuasivo para la aplicación estratégica del órgano administrativo de las diligencias intrusivas, siendo una consagración del principio de ultima ratio.

Con objeto de mantener cierta coherencia en la regulación, se debe señalar que, respecto de la incautación de correspondencia, el órgano administrativo deberá solicitar expresamente al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones la retención de correspondencia postal, telegráfica, electrónica o de cualquier clase, como también todo envío dirigido al afectado o remitido por este bajo nombre supuesto o que se presumiere emanan de él o fuese destinatario.

No podrán incautarse aquellos documentos y objetos que configuren: i) comunicación entre el funcionarios del sujeto investigado o del propio sujeto investigado y personas que por su estado, profesión o función legal tuvieren el deber de guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto; ii) notas que hubieren tomado aquellas personas que se configuren bajo el secreto profesional previamente señalado; y iii) otros objetos o documentos, incluso resultados de exámenes o diagnósticos relativos a

personas naturales que sean funcionarias del sujeto investigado o del propio sujeto investigado. Esta limitación no regirá si la persona bajo secreto profesional sea sujeto de la investigación o si los objetos y documentos contienen elementos esenciales para la investigación, calidad que, en caso de debate, deberá determinar el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones correspondiente.

En caso de duda respecto a la procedencia de la incautación, el órgano administrativo podrá incautarlos y ponerlos inmediatamente a disposición del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, sin previo examen. El Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones determinará si los objetos incautados se encuentran habilitados o no. El Tribunal que revise las actuaciones de la investigación o el propio Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones podrá no valorarlos o declararlos ilícitos, si constata que los objetos y documentos incautados se encuentran comprendidos en la norma prohibitiva.

Como mera hipótesis, cabe la posibilidad de que el órgano administrativo, durante la práctica de la diligencia, pueda encontrarse frente a la comisión de un ilícito penal, o documentos o antecedentes que den cuenta de ello. Considero que el primer caso debe regularse como delito flagrante, mientras que, en el segundo caso, los objetos deben mantenerse en el lugar, resguardando su alteración. El órgano administrativo deberá solicitar inmediatamente al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones su incautación y oficio al Ministerio Público.

Por último, se debe regular el acta de incautación, que constará de un inventario y un acta de custodia. El inventario se realizará con copia al encargado o dueño del lugar cerrado, debiendo detallar la especie y el número único de evidencia asignado, mientras que el acta de custodia se replicará en cada especie incautada, el que igualmente contendrá un número único de evidencia respecto de cada objeto o set de objetos, y consignará una cadena de custodia, donde deberá registrarse el nombre, rut, cargo (junto al órgano administrativo al que pertenece) y firma de cada funcionario administrativo, desde quién levante el objeto hasta el último funcionario que se encuentre a cargo de la custodia del mismo.

3) Normas sobre custodia, conservación y restitución.

Como señala la ICN, uno de los principales problemas que mantienen los afectados por medidas intrusivas frente a su aplicación por parte de la administración, es la ausencia de regulación de normas generales sobre custodia, acceso a los documentos y restitución de los mismos. En Chile, el DL 211 contempla como normativa supletoria el CPP, con los problemas mencionados, sin embargo, la CMF no tiene remisiones directas o indirectas al respecto, dejando a absoluta discreción del órgano.

En primer lugar, es necesario regular lo relativo a la custodia de los objetos. Las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo custodia del órgano administrativo a cargo de la investigación, debiendo señalar, en el acta de custodia, cada funcionario a cargo de su custodia. El funcionario a cargo de la custodia tendrá un registro de acceso, donde cada persona que tenga acceso a la especie incautada deberá señalar su nombre, rut, cargo o relación con la especie (en caso de ser el afectado por la medida), firma, hora de acceso y hora de salida del recinto o lugar en que se encuentre el objeto incautado.

Las especies deberán conservarse en el mejor estado posible, para lo que deberán resguardarse bajo temperatura y condiciones adecuadas para su preservación e integridad. Sólo podrán ser retiradas del lugar en que se conserven para: (i) la realización de peritajes, debiendo anexarse al acta de custodia un acta de pericia, en que se indique el procedimiento al que fue afectado; (ii) copia o respaldo de los antecedentes (fotocopia o copia digital, según corresponda); (iii) copia de los antecedentes al afectado o acceso, previa resolución del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, del afectado con el objeto de realizar una pericia no susceptible de realizar en una copia de los antecedentes; y (iv) para restitución de los antecedentes al afectado.

En caso de la falta de observancia a las normativas de preservación y custodia, el afectado podrá dar cuenta al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones durante la Audiencia Única o al Tribunal encargado de revisar las actuaciones de investigación del órgano administrativo, quién podrá declarar la ilicitud de la

prueba o restarle valoración a la prueba (según corresponda), debiendo probar según el estándar de probabilidad prevaleciente que dichas normas fueron incumplidas.

Respecto a la normativa sobre restitución, pareciera ser la mayor ausencia en la regulación supletoria, incluso para el caso de la FNE.

Al respecto, el órgano administrativo a cargo de la investigación deberá restituir todas las especies que no digan relación con el objeto de la investigación, de oficio. Igual caso aplicará para aquellas especies que no se presentarán ante el Tribunal encargado de observar la investigación del órgano administrativo, o que no serán utilizadas durante el proceso administrativo posterior a la investigación. Al término del procedimiento investigativo del órgano administrativo, las especies serán puestas a disposición del Tribunal encargado de observar la investigación del órgano administrativo, o, a falta de éste, al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones. El órgano administrativo notificará por carta certificada al afectado por la medida sobre el traslado de las especies. El afectado por la medida tendrá 6 meses para solicitar su devolución al Tribunal correspondiente. Al término de este período, y previa resolución del Tribunal correspondiente que dé cuenta del transcurso del plazo, las especies serán decomisadas³⁰⁰.

El afectado podrá solicitar al funcionario encargado de la custodia cada vez que así lo requiera, copia de todos o determinados antecedentes incautados. En caso de rechazo fundado por parte del funcionario administrativo encargado de la custodia, el afectado podrá solicitar al Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, por única vez, durante el período de investigación administrativa y previo a la Audiencia Única, que el órgano administrativo le entregue copia de todos los antecedentes incautados, o que le de acceso a aquellos antecedentes respecto de los cuales quiere realizar una pericia sólo practicable en el objeto o documento original. Dicha solicitud será admisible sólo en caso de resolución

³⁰⁰ En este aspecto, considero que el comiso no es una pena accesoria a una eventual infracción administrativa, sino por la inactividad del afectado, que implicará el gasto de recursos estatales para la conservación de las especies.

administrativa que deniegue la solicitud del afectado al órgano administrativo correspondiente.

4) Reglas generales sobre la Audiencia Única.

La principal garantía del afectado es la Audiencia Única, audiencia que se llevará a cabo ante el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones que concedió la medida, quién podrá declarar la ilegalidad de la prueba incautada, o resolver peticiones sobre devolución de antecedentes.

Una vez finalizado el procedimiento investigativo, o, en el caso de iniciar un procedimiento ante un Tribunal que revise las actuaciones de la investigación, el afectado tendrá un plazo de 15 días hábiles judiciales para reclamar respecto de las diligencias intrusivas realizadas en dicho procedimiento investigativo. El plazo comenzará a contarse según la notificación al afectado a través de carta certificada al finalizar el procedimiento investigativo, o, en caso de iniciar un procedimiento ante un Tribunal, al notificar al afectado de la demanda o requerimiento. Los afectados deberán reclamar en un único acto de todos los incumplimientos relativos a una misma diligencia investigativa o actuación. El Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, una vez admitido a tramitación el reclamo, solicitará un informe al órgano administrativo correspondiente, el que deberá evacuarse en el plazo de 3 días. Una vez evacuado, o en su ausencia, se citará a la audiencia respectiva dentro de quinto día hábil. A la audiencia deberán comparecer todos los afectados y el órgano administrativo a cargo de la investigación, con todos los antecedentes o medios de prueba con los que cuenten para fundar sus respectivas posiciones. El Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones podrá decretar, de oficio o a petición de parte, todas las medidas que estime conveniente. De la decisión del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones correspondientes, dentro de décimo día hábil. Dicha apelación se conocerá con preferencia a otros asuntos, sin que proceda la suspensión de la vista de la causa por la causal del N°5 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil. En contra de la sentencia que resuelva la apelación no procederá recurso alguno.

En la Audiencia Única ante el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones se podrá solicitar la ilicitud de la medida o señalar que los objetos incautados se encuentran fuera del objeto de la investigación.

En el primer caso, respecto de la prueba ilícita, los resultados de las actuaciones o diligencias que tengan el carácter de intrusivas no podrán ser utilizados como medios de prueba ante el procedimiento administrativo o judicial correspondiente, cuando el desempeño o ejercicio de ellas hubiere tenido lugar fuera de los supuestos habilitantes para su procedencia, y así lo declare el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones en la Audiencia Única. La resolución respecto a la licitud de la prueba incautada tendrá el carácter de cosa juzgada y no podrá incoarse una nueva discusión ante ningún Tribunal.

En segundo lugar, respecto al hallazgo casual, los antecedentes que se obtengan en virtud del ejercicio de las facultades intrusivas dotadas al órgano administrativo correspondiente no podrán ser utilizados en ninguna otra investigación, para lo cual se considerará como otra investigación aquella que varíe de sujeto, objeto o causa de la investigación administrativa. Podrán ser utilizados dichos antecedentes si media una nueva autorización judicial del Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones correspondiente.

c) Estatuto especial de medidas intrusivas.

Una vez señalada la normativa supletoria que rige las medidas intrusivas, cabe regular aquellos elementos propios de la habilitación en libre competencia. Para dichos efectos, me remitiré a la clasificación realizada en el capítulo previo.

1) Casos graves y calificados de investigación.

En primer lugar, se debe modificar este elemento. Si bien es una manifestación del principio de mínima intervención, y tiene relación con el principio de proporcionalidad, no se explica en el contexto del DL 211. Las diligencias intrusivas sólo se entienden aplicables a los casos de colusión, ilícito que por lo demás, se ha considerado como el más grave atentado contra la libre competencia. Por ello, distinguir entre casos graves y calificados de colusión

implicaría aceptar que las diligencias intrusivas tienen una aplicación ultra excepcional (prácticamente en carteles duros), lo que, considerando la reducción de costos administrativos y el imperativo de defensa de la libre competencia, debiese reformarse.

Por lo anterior, esta mención, al inicio del artículo 39 letra n) del DL 211, debe eliminarse.

2) Conductas descritas en el artículo 3 letra a).

Considerando lo señalado previamente, que la habilitación de la medida sea exclusivamente para los casos descritos en el artículo 3 letra a), es decir, colusión, cumple con el imperativo constitucional de proporcionalidad, y, al mismo tiempo, según la normativa supletoria, complementa el cumplimiento del principio de mínima intervención.

3) Doble filtro o control jurisdiccional.

La normativa del DL 211 deberá encontrarse acorde a la regulación supletoria, por lo que el único tribunal encargado de la habilitación de la medida será el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones. El TDLC, sin embargo, tendrá la posibilidad de no valorar la prueba, según las normas generales de valoración de la prueba (sana crítica), respecto de los antecedentes incautados, según la inobservancia de las normas generales de custodia o de licitud de la prueba.

Por tanto, según la distribución de competencias y el modelo planteado a lo largo de esta investigación, se deberá eliminar el doble filtro o control jurisdiccional.

4) Ejecución de la medida intrusiva.

El Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones oficiará a Carabineros o la Policía de Investigaciones para la ejecución de la diligencia, que se encontrará bajo la dirección de un funcionario de la FNE.

5) Antecedentes precisos y graves.

Respecto de esta regulación, es necesario reformar la orientación del imperativo habilitante de la norma. En efecto, el DL 211 señala que el “*Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves acerca de la existencia de prácticas de colusión*”. Si bien la frase antecedentes precisos y graves es una manifestación del principio de proporcionalidad y mínima intervención, el resto de la frase da cuenta de un estándar elevado, al señalar que dichos antecedentes sean sobre la “*existencia*” (certidumbre) de “*prácticas de colusión*”.

El estándar para la habilitación de la medida no queda del todo claro, y, pero aún, la redacción parece propiciar un estándar elevado. Considerando que la FNE no tiene un estándar elevado para iniciar una investigación, no existiendo un mandato que la obligue a investigar toda denuncia, y confirmando lo anterior con la consagración de un principio de oportunidad, parece necesario disminuir dicho estándar elevado al piso mínimo constitucional, la sospecha razonable.

Por lo anterior, considero que la norma debiese señalar que el “*Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones deberá verificar la existencia de antecedentes precisos y graves que permitan sospechar razonablemente de prácticas de colusión*”.

6) Audiencia Única.

Considerando la regulación supletoria, la normativa del DL 211 debiese especificar que la Audiencia Única se deberá incoar en el plazo de 15 días después de notificado el requerimiento al afectado. Igualmente, se debe especificar que los objetos incautados se deberán poner a disposición del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de manera que aquellos que no serán utilizados en el proceso, sean susceptibles de devolución, y aquellos que sean utilizados en el proceso, se acompañen como antecedentes fundantes del requerimiento, prohibiendo a la FNE presentarlos en otra oportunidad procesal. Con ello busco establecer desincentivos a la FNE respecto de la litigación estratégica, y, al mismo tiempo, reducir la duración del proceso, toda vez que el grueso de las actuaciones y

duración del procedimiento versa sobre la discusión de confidencialidad de la prueba instrumental y alzamiento de la misma.

Al acompañar los antecedentes incautados en el requerimiento de la FNE, se deberán acompañar como prueba instrumental o en forma tal que sean susceptibles de percepción documental. Igualmente, se deberá acompañar una versión pública. Aquellos objetos que no sean susceptibles de percepción documental se deberán poner a disposición del TDLC, quién, según resolución fundada, podrá disponer de su devolución o acompañarlos al proceso. La resolución que se pronuncie será susceptible de reposición con apelación en subsidio, siendo la E. Corte Suprema el tribunal competente para resolver dicha apelación³⁰¹.

7) Prueba ilícita.

Particularmente, la regulación de la prueba ilícita se deberá mantener, sin embargo, variarán los requisitos previstos para la habilitación de las medidas, toda vez que el régimen supletorio se encontrará en la Ley 19.880. Como señalé en el capítulo previo, el problema no era respecto de la regulación de la prueba ilícita, sino de las formalidades que habilitan la medida y respecto de las cuales la prueba puede declararse ilícita. Al contener un régimen supletorio propio en la administración, la institución retoma absolutamente su validez.

8) Hallazgo casual.

La regulación del hallazgo casual igualmente se deberá mantener, con la agregación de la siguiente frase: “*Se entenderá como ‘otra investigación’ aquella que varíe de sujeto, objeto o causa*”. Con ello se busca superar ciertos problemas de la FNE para la habilitación de la medida, toda vez que el TDLC o el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones han confundido las líneas investigativas, elementos propios de la investigación como concepto objetivo, con el vocablo otra investigación.

³⁰¹ Ello por la posibilidad de dejar a la FNE sin evidencia.

9) Normas supletorias.

Las normas supletorias serán aquellas de la Ley 19.880 reguladas previamente. Con ello, se superan todas las contingencias tanto en la habilitación, ejecución, desarrollo y licitud de las diligencias.

10) Traslado al proceso penal.

Como último elemento, y en virtud de potenciales contingencias, parece necesario precisar la regulación del artículo 64 del DL 211. El inciso sexto deberá regularse de la siguiente manera: *“Para los efectos de su incorporación al proceso penal, se entenderá que las copias de los registros, evidencias y demás antecedentes que hayan sido recabados por la Fiscalía Nacional Económica, a partir de diligencias realizadas con autorización judicial de un Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones, tendrán el carácter de prueba lícita, con excepción de aquellos excluidos por el Ministro de Turno de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Oral en lo Penal mantendrá sus facultades para valorar, según las reglas de la sana crítica, dichos registros, evidencias y antecedentes”*.

De esta manera, busco evitar la réplica de una discusión de licitud probatoria, toda vez que un Tribunal ya se ha pronunciado al respecto. Sin embargo, es necesario evitar la confusión entre exclusión probatoria (prueba ilícita) y valoración, caso en el que planteo que tanto el TDLC durante el contencioso como el TOP en el juicio oral mantengan la posibilidad de dar la valoración correspondiente según sus apreciaciones.

B. El modelo codependiente chileno: medidas intrusivas y la delación compensada.

Desde la introducción del programa de clemencia en Chile, a través de la institución de la delación compensada, muchos estudios sobre el modelo institucional de la libre competencia se han centrado exclusivamente en su regulación: cómo considerar las sanciones civiles, cómo perfeccionar el modelo, si

la aplicación o introducción de esta institución es “ética”, como introducirla en el proceso penal, entre otras.

En este sentido, los casos de mayor connotación pública o exigencia técnico-jurídica en los últimos años, como la colusión del tissue o colusión de los laboratorios (Requerimiento de la FNE contra Fresenius y otros, rol del TDLC C-312-2016) han tenido la participación de los propios agentes coludidos por medio de la delación compensada, acompañando antecedentes y explicándolos, tanto a la FNE como al TDLC.

Sin embargo, desde una posición crítica, el modelo institucional chileno no está centrado en la delación compensada, y su estudio no puede focalizarse exclusivamente en su regulación, obviando una serie de elementos que se complementan al éxito de los casos anteriormente señalados. El fortalecimiento legislativo de la FNE como agencia que resguarda la libre competencia de los mercados, tanto en la reforma de 2009 como de 2016, tiene dos pilares: la introducción de la delación compensada y la dotación de facultades al Fiscal Nacional Económico. En tal sentido, el modelo chileno es codependiente: la delación compensada y su éxito debe considerar el factor de fiscalización del estado, cuya principal manifestación son las medidas intrusivas.

La delación compensada es *“un mecanismo que busca inducir la deserción de al menos uno de los miembros del cartel, al cual se le ofrece una reducción o anulación total de la sanción a cambio de confesar su participación en el delito y entregar pruebas que permitan, en forma indiscutible, inculpar al resto de los miembros de la organización”*³⁰².

En este sentido, se ha señalado que dicho mecanismo permite *“tanto la disuasión ex ante, minando la confianza necesaria para formar organizaciones delictivas, haciéndola más riesgosa, la disuasión ex post, propendiendo a que los miembros de la organización deserten y denuncien a sus compañeros de colusión por miedo a ser delatados y en consecuencia sancionados; y la mejor persecución y condena*

³⁰² GONZÁLEZ, Aldo, *Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles*, Santiago, editorial expansiva, revista En Foco N° 100, p.5

de los miembros de estas organizaciones, obteniendo la prueba necesaria para lograr la condena en juicio”³⁰³.

Como he manifestado en los párrafos previos, la literatura nacional se ha centrado latamente a estudiar esta institución, por lo que, para no extenderme innecesariamente en su contexto o regulación, me centraré en la lógica del diseño de la delación compensada, con el propósito de señalar por qué la institucionalidad chilena es codependiente con la fiscalización y sus herramientas.

Para su estudio, es necesario señalar que la delación compensada está pensada como aplicación de la teoría de juegos, teoría que “*analiza la forma en que dos o más jugadores o agentes eligen estrategias que afectan conjuntamente a todos*”³⁰⁴. En este aspecto, cada agente se comporta considerando la racionalidad (buscando optimizar sus decisiones económicamente) y la incertidumbre (donde el agente medirá el riesgo a través de especulación). De este modo, los agentes intentan imaginar cuáles serán las decisiones de sus oponentes mientras deciden actuar según sus intereses. Una vez analizan sus posibilidades, el agente pondera si los objetivos coinciden o no con los de su oponente, para decidir si coopera o compete³⁰⁵.

Por tanto, considerando las diversas etapas de la institucionalidad de libre competencia chilena, podemos ejemplificar con el siguiente supuesto: empresa X introduce al mercado el producto Z, mientras que empresa Y introduce el producto Z', que afecta el mercado de la empresa X. Ambas empresas comienzan una fuerte guerra de precios, donde para captar al consumidor apuestan por marketing, aplican promociones y descuentos y comienzan a reducir sus precios. Al cabo de unos meses, ambas empresas reducen su margen de ganancias al extremo. Empresa X estudia el estado actual de empresa Y, percatándose que,

³⁰³ SAIZ, Vicente, *Sistema de delación compensada en libre competencia en Chile: Análisis crítico y propuesta de solución*, Santiago, Universidad de Chile, Memoria para optar al grado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2015, p.10

³⁰⁴ SAMUELSON, P., NORDHAUS, W, *Microeconomía*, México, McGraw-Hill interamericana, 2004, p.182.

³⁰⁵ DAVIS, M, *Introducción a la teoría de juegos*, Madrid, Editorial Alianza, 1986, p. 16 y ss.

pese a estar en un mal momento económico, aún puede competir por mucho tiempo, por lo que decide proponerle un acuerdo para repartirse el mercado.

En este sentido, el juego entre las empresas X e Y es un juego no cooperativo de suma cero, es decir, el beneficio de X depende directamente del detrimento de Y, pues compiten en un mismo mercado con un producto de características similares. Para maximizar sus beneficios, los agentes buscan entrar a un juego cooperativo de suma no cero, de manera que repartirán el mercado para que su relación de ganancias no sea afectada por las decisiones del competidor.

Cuadro N° V: juego N° 1, agentes X e Y bajo guerra de precios y colusión.

		Empresa X	
		Guerra de precios	Cartel
Empresa Y	Guerra de Precios	(-50, -50)	(-50, -50)
	Cartel	(-50, -50)	(100, 100)

Si X e Y deciden seguir la guerra de precios, ambos seguirán perdiendo 50, mientras que, si deciden coludirse, ambos agentes obtendrán 100. Si solo uno decide coludirse, no se concretará el acuerdo y se mantendrá el escenario en guerra de precios. De esta manera, según la teoría del equilibrio de John Nash, el equilibrio del juego N° 1, considerando las elecciones de ambos jugadores, es la colusión. Por ello, en este juego, la colusión es la única elección racional por la cual las empresas X e Y debiesen modificar su estrategia.

Las empresas deciden coludirse, maximizando sus ganancias en 100, en detrimento del consumidor, quién se ve afectado por la distorsión que la colusión genera en el precio del producto Z y Z'. De esta manera, la agencia antimonopólica comienza una investigación. En un primer momento del diseño

institucional, sin embargo, no existe la delación compensada, de manera que, si uno de los agentes económicos decide denunciar, ambos serán condenados.

Cuadro N° VI: juego N° 2, agentes X e Y frente a colusión y denuncia sin delación compensada.

		Empresa X	
		Cartel	Denuncia
Empresa Y	Cartel	(100, 100)	(-150, -150)
	Denuncia	(-150, -150)	(-150, -150)

Si la empresa X o la empresa Y decide denunciar su cartel a la agencia antimonopólica, ambos serán condenados. Por ello, para el juego N° 2, el equilibrio de Nash para los agentes económicos continúa siendo la colusión, siendo la única elección racional que pueden hacer.

Por otro lado, frente al mismo escenario, pero en una institucionalidad que contempla la delación compensada, los beneficios económicos varían.

Cuadro N° VII: juego N° 3, agentes X e Y frente a colusión y denuncia con delación compensada.

		Empresa X	
		Cartel	Denuncia
Empresa Y	Cartel	(100, 100)	(-150, 0)
	Denuncia	(0, -150)	(0/-50, 0/-50) ³⁰⁶

³⁰⁶ Para este caso se considera la delación compensada regulada en el DL 211, de manera que, para el primer infractor que se delate no habrá sanción, mientras que, para el segundo infractor que se delate habrá una sanción disminuida.

En este supuesto, mantener el silencio sobre el cartel está sujeto a que la contraparte mantenga su silencio. Este escenario pareciera ser óptimo frente a un juego no cooperativo, sin embargo, debemos recordar que la colusión es un juego cooperativo, las empresas X e Y como agentes económicos están en contacto y se siguen beneficiando del acuerdo colusivo.

Por ello, gran parte de la literatura nacional se equivoca al señalar que, bajo este juego, el equilibrio de Nash es que ambos denuncien. En este escenario, la elección racional para los agentes X e Y pareciera seguir siendo la colusión, para lo cual aumentarán el monitoreo del cumplimiento del acuerdo. Si la agencia no logra persuadir a uno de los agentes a delatarse, y no tiene herramientas suficientes para perseguir el cartel, la delación compensada no tendrá éxito en este juego.

Por ende, si bien el factor de “desconfianza” aumenta, toda vez que es un incentivo para que las empresas actúen en forma individual y de manera no cooperativa, la delación compensada por sí misma no es suficiente para que las empresas consideren como elección racional dejar el cartel.

Por ello, en mi posición, en un juego cooperativo de agentes racionales enfrentados únicamente a la delación compensada, el equilibrio de Nash para las empresas X e Y sigue siendo la colusión. En este sentido, la agencia antimonopólica no cuenta con herramientas suficientes para perseguir al cartel por su cuenta, o el estándar probatorio del Tribunal es elevado, de manera que el requerimiento no prosperará en sede jurisdiccional, restando, como única herramienta de la agencia, un leve margen de especulación en cada empresa. Por su parte, las empresas sabrán que el riesgo de mantenerse en colusión es mínimo, por lo que utilizarán herramientas más eficaces para monitorear el comportamiento de la contraparte para mantenerse en el acuerdo.

En otro término, igualmente, es plausible señalar que la delación compensada, al no existir prohibición de comunicación entre las partes, puede ser una alternativa planeada por ambas partes para terminar con la colusión (lo que denominaré como delación “pactada”). Las empresas se encuentran en una posición de juego

cooperativo de suma no nula en colusión, mientras que, en la delación, pasa a ser juego cooperativo de suma nula sólo respecto de quién se delate primero.

Ambas partes podrían, dentro de una delación pactada, acordar sobre qué antecedentes entregar, limitando, por ejemplo, la duración del cartel, los productos (en el caso de que Z y Z' fuera una línea de productos), limitar la zona de mercado, entre otras, y pactar, a su vez, distribuir la sanción a la empresa que llegue segunda a la delación por partes iguales.

En este sentido, cabría señalar que la agencia antimonopólica no tiene facultades suficientes para indagar los hechos más allá de los antecedentes que las partes decidan entregar, por lo que incluso podría reducirse el total de la multa al mínimo (la multa deja de ser -150, y pasa a ser -20, en virtud de los antecedentes entregados por los delatores).

Cuadro N° VIII: juego N° 5, agentes X e Y frente a colusión con agencia antimonopólica con facultades duras y denuncia con delación compensada.

Empresa X

		Cartel	Denuncia
Empresa Y	Cartel	(-150/100, -150/100)	(-150, 0)
	Denuncia	(0, -150)	(0/-50, 0/-50)

En este escenario, y frente al riesgo de sanción efectiva, debido a que la agencia antimonopólica tiene mayores facultades que en el juego N° 4, las empresas deben considerar su estrategia basados en el riesgo de ser descubiertos y sancionados. La posibilidad de que la agencia se encuentre indagando sobre los agentes aumentará la desconfianza entre las partes, lo que, sumado a una sanción elevada, llevará a que los agentes consideren modificar su estrategia.

Pese a lo anterior, el escenario de detección para el cartel continúa siendo un riesgo aparente, no siendo cierto hasta la materialización de las facultades. Serán señales de alerta, para el cartel, las posibles citaciones que pueda hacer la agencia antimonopólica, las solicitudes de antecedentes o sospechas de denuncia.

Por ello, las facultades duras entregan un desincentivo a mantenerse en el cartel, mientras que la delación compensada entrega un incentivo a salir del cartel. Como señalaré más adelante, las facultades duras atacan, tanto preventivamente como ex - post, a la estabilidad del cartel, atacan la certeza sobre sus beneficios tanto en su origen como en su desarrollo. La Delación Compensada, en cambio, ataca solo ex - post al cartel, entregando beneficios para la desertión. Indirectamente, la delación destruye la confianza de mantener los beneficios del cartel, al establecer incentivos de salida, sin embargo, y como he señalado, dicho incentivo puede resultar insuficiente o incompleto considerando que las partes se pueden comunicar y mejorar su relación.

Cuadro N° IX: juego N° 6, agentes X e Y frente a colusión con allanamiento e incautación a empresa X y denuncia con delación compensada.

Empresa X

		Cartel	Denuncia
Empresa Y	Cartel	(-150, -150/100)	(-150, 0)
	Denuncia	(0, -150)	(0/-150, 0/-50)

Frente al allanamiento e incautación de la empresa X, el escenario cambia sustancialmente. El juego cooperativo pasa de ser de suma no cero (en los escenarios anteriores) a un juego no cooperativo de suma cero: la empresa X ha sido allanada e incautada, por lo que aumentará la especulación al máximo, de manera que el riesgo esta vez es cierto e inminente, por lo que delatarse primero

es su mejor escenario, para lo cual actuará individualmente. Es un juego no cooperativo pues el daño se ha materializado, ha perdido antecedentes, frente a lo que la empresa Y no puede ayudarlo.

De esta manera, si la empresa X quiere delatarse, debe ser la primera, y se reduce su probabilidad de cumplir con la normativa del DL 211, la que, en su artículo 39 bis número 1, señala que, para acogerse al programa de delación compensada, debe *“Proporcionar antecedentes precisos, veraces y comprobables que representen un aporte efectivo a la constitución de elementos de prueba suficientes para fundar un requerimiento ante el Tribunal”*.

Si bien los escenarios anteriores describen juegos duales, su aplicación, sobre todo respecto del último juego, es mucho más interesante considerando mayor cantidad de jugadores. Frente al allanamiento, el juego para la empresa X inmediatamente pasa a ser de suma cero, pues obliga al incautado a decidir si enfrentar el juicio, sin conocer los antecedentes y la sanción que solicitará la agencia antimonopólica, o delatarse y controlar, lo mayor posible el juego, para lo cual no servirá cooperar con el otro agente, puesto que estará en desventaja: no posee antecedentes. Su único recurso es cooperar con la agencia, explicando los antecedentes incautados, y el alcance del acuerdo, recursos que perderá si la empresa Y se delata primero, no pudiendo aportar ningún antecedente útil.

En este aspecto, Friederiszick y Maier-Rigaud³⁰⁷ se plantean si es necesario mantener investigaciones de agencias antimonopólicas considerando el enorme éxito de los programas de clemencia. Los autores señalan que la colusión implica un escenario en que los precios de mercado están cercanos a los precios monopólicos, pese a encontrarse en un mercado oligopólico. En este sentido, las partes se coludirán si el cartel permite que *“las ganancias (esperadas) de la colusión son más altas que los beneficios (esperados) de la deserción”*³⁰⁸. Friederiszick y Maier-Rigaud señalan que *“la teoría de juegos no puede*

³⁰⁷ FRIEDERISZICK, Hans, MAIER-RIGAUD, Frank, *Triggering inspections ex officio: moving beyond a passive EU cartel policy*, Journal of Competition Law and Economics, 2007 [En línea] <http://ssrn.com/abstract=969297> [Consultado: 13.10.2019]. Traducción propia.

³⁰⁸ Ibid., p.3.

considerarse particularmente útil para el problema empírico de la detección de carteles. Si bien permite identificar una infinita cantidad de equilibrios colusivos posibles, permanece en silencio sobre el proceso para la determinación del equilibrio y cómo las empresas se coordinan”³⁰⁹.

De esta manera, los autores señalan que se debe fortalecer una política proactiva de detección de carteles por cuatro razones. En primer lugar, mantener una política de prevención de la colusión exclusivamente basada en la delación compensada (es decir, limitada), que implique que se mantengan los beneficios de la colusión frente a la deserción del cartel, implica mantener el riesgo de colusiones. Dicho de otra manera, una política proactiva de detección de carteles es el único instrumento que permite combatir la colusión fuera de la lógica de la existencia previa del cartel.³¹⁰

En segundo lugar, los programas de delación compensada no alteran los factores o características del mercado, y, más aun, considerando que la mayor parte de los casos de delación implican a carteles en inminente quiebre. Por ello, las políticas deben enfocarse a cambiar condiciones de mercado, de modo que desestabilicen los carteles. En este aspecto, podemos considerar que los programas de clemencia pueden generar incentivos distorsionados, pues entregan beneficios al agente de un cartel que se encontraba pronto terminar.

Un tercer argumento dice relación con que la disuasión y la deserción del cartel puede alcanzarse a través de una política proactiva de detección de carteles. La política de detección de carteles disminuye las ganancias esperadas de la colusión, y/o aumentan las ganancias esperadas para desertar del acuerdo. Respecto a disminuir las ganancias esperadas de la colusión, ello solo se logra a través de un aumento de la probabilidad de detección y/o aumento de la multa. Por el contrario, la delación compensada opera como incentivo a desertar del acuerdo. La colusión puede desincentivarse a través de multas más altas y

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid., p.9 y ss.

mayores probabilidades de detección, bajando así las ganancias esperadas del cartel.

Por último, los autores señalan que las políticas de detección de carteles son, además, un complemento a la delación compensada. Una mayor detección a través de procedimientos investigativos de la agencia refuerza la disuasión y la deserción del cartel, teniendo, además un efecto alentador a denunciar, incluso, en casos en que existe una evidencia débil.

En suma, en el modelo chileno, las medidas intrusivas y las facultades duras son codependientes, e incluso, el allanamiento afecta directamente el juego de cada empresa, limitando los beneficios intrínsecos del cartel y aumentando la percepción de los beneficios con el programa de delación compensada.

CONCLUSIONES

1. El Análisis Económico del Derecho Procesal.

El Análisis Económico del Derecho entrega un aspecto novedoso como disciplina al estudio del Derecho Procesal. De esta forma, la técnica económica dota de eficiencia a aquellos márgenes en que la justicia y el debido proceso no pueden entregar pautas o criterios que mejoren determinadas instituciones. Como marco teórico, el criterio de eficiencia aplicable al proceso es el de Kaldor-Hicks, mientras que el criterio de Análisis Económico del Derecho es el normativo.

El proceso dista entre dos formas de comprenderlo, como mecanismo de solución de controversias y como mecanismo de adjudicación razonada. Cada forma de comprenderlo tiene dos ideas asociadas, un costo administrativo (la suma de gastos para poner en movimiento la administración de justicia) y el error judicial (que se divide, a su vez, en dos, el error tipo I o falso positivo, y el error tipo II o falso negativo).

Desde la doctrina económica del Derecho clásica, se ha comprendido que el objetivo del proceso es minimizar los costos administrativos y el costo del error judicial. Sin embargo, estas variables son inversas, por lo que, siguiendo la tesis del profesor Carrasco, la función de costos adecuada al proceso es una función de óptimo de eficiencia, donde el beneficio marginal de la reducción del error se equipare al costo marginal de la reducción del error.

A partir de la perspectiva económica del Derecho Procesal, esta tesis se aleja de aquella postura que señala que el objetivo de eficiencia se encuentra en oposición a la justicia. Por el contrario, adopta la postura de Cooter y Ulen, de manera que las exigencias del debido proceso se resguarden siempre, cualquiera sea su gasto, de manera dichas reglas prescriben un marco de actuación donde opere la lógica económica.

2. El Análisis Económico del Derecho Procesal de la Libre Competencia.

El diseño institucional del sistema de Defensa de la Libre Competencia es reciente, siendo sus notas esenciales: un Tribunal de Defensa de la Libre

Competencia, que busca sancionar prácticas restrictivas de la libre competencia y busca inducir a una producción óptima; un ilícito anticompetitivo de gran amplitud, que sanciona incluso un peligro abstracto; un estándar probatorio civil o de balance de probabilidades; una Fiscalía Nacional Económica que encargada de llevar adelante, entre otras funciones, las investigaciones y el *enforcement* público contra los carteles colusivos.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un tribunal único en el diseño chileno, entre cuyas funciones es un órgano jurisdiccional, especial e independiente, cuyo superior jerárquico es la E. Corte Suprema, pero que además posee facultades administrativas de regulación de comercio. En este sentido, la propia E. Corte Suprema reconoce su rol como '*policymaker*', señalando que sus fallos no sólo operan en el caso concreto, sino que prescriben marcos de conducta para los agentes del mercado. Por ello, el diseño reconoce que las decisiones falladas en contenciosos no sólo operan en el presente, sino también de forma prospectiva y consecuencialista.

Por su parte, el procedimiento contencioso de libre competencia ha sido objeto de gran debate. En primer lugar, se ha cuestionado si corresponde a una aplicación del *ius puniendi* del Estado, con aplicación absoluta o mermada de sus garantías, o si, por el contrario, es una manifestación del *ius corrigendi*. En virtud de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional y posturas minoritarias del propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la conclusión necesaria es que es una manifestación del *ius corrigendi* estatal. En segundo lugar, y relacionado a la naturaleza del procedimiento, se ha debatido si el estándar probatorio aplicable es el penal, de más allá de toda duda razonable, si es administrativo, de prueba clara y concluyente, o si es civil, de balance de probabilidades. Personalmente me decantó por señalar que, en virtud tanto del diseño normativo como la naturaleza del procedimiento, el estándar debe ser civil.

Por último, es posible comprender ciertas notas que caracterizan el óptimo de eficiencia en el proceso de libre competencia: el mandato al TDLC de resguardar la libre competencia de los mercados, la inclusión de garantías procesales civiles

(no penales, ni absolutas ni morigeradas), la tolerancia al error tipo I, un estándar probatorio de balance de probabilidades y la reducción de costos administrativos. Esto último es plausible de comprender con la regulación normativa actual en la dirección formal y material entregada al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la disminución de recursos, el sistema de notificaciones a filiales extranjeras, la presentación de la acción de indemnización de perjuicios ante el TDLC, y las herramientas entregadas a la FNE, donde destacan las medidas intrusivas y la delación compensada.

3. Las medidas intrusivas en el proceso penal.

Las medidas intrusivas se caracterizan como facultades que lesionan derechos fundamentales, siendo parte del género '*actuaciones de la investigación*'. Estas diligencias son una poderosa herramienta del Estado frente a los particulares, cuyo límite es el propio marco o procedimiento para su ejecución, bajo sanción de exclusión probatoria.

La diligencia de entrada corresponde a aquella actuación por la que los funcionarios públicos autorizados ingresen a un lugar o recinto cerrado. La diligencia de registro, por su parte, corresponde a aquella actuación por la que funcionarios públicos autorizados ingresan a un lugar para observar y buscar efectos o instrumentos del delito, u otros objetos que permitan su descubrimiento o comprobación. La diligencia de incautación, por último, corresponde a aquella medida que priva a alguien de alguno de sus bienes como consecuencia de su relación con un delito, falta o infracción administrativa.

El Código Procesal Penal chileno regula latamente estas medidas, regulando el espacio sobre el que recae la medida, el objeto de la medida, los supuestos de procedencia, la forma y ciertas sanciones frente a la inobservancia del procedimiento. Por su parte, igualmente regula el régimen de incautación, custodia y conservación de objetos y documentos, y la retención e incautación de correspondencia.

En virtud de la aplicación de dichas herramientas que afectan derechos fundamentales, es necesario que su regulación cumpla con requisitos externos o formales para su aplicación, es decir, justificación teleológica, habilitación legal expresa y resolución judicial motivada; y requisitos internos o de fondo, como la apariencia antijurídica, juicio de idoneidad o adecuación, juicio de necesidad o subsidiaridad y proporcionalidad en sentido estricto.

En este sentido, el Análisis Económico del Derecho Penal, aporta, desde su óptica, una clasificación del delito según el tipo de sujeto, existiendo un delincuente racional (económico) y uno irracional. El Derecho Penal, en general, se caracteriza por un sujeto irracional, y como tal, la función propia de la pena es la retribución del mal causado, lo que no obsta a la existencia de instituciones que persigan, incidental y accesoriamente a la disuasión o prevención del delito. De esta manera, las medidas intrusivas en el derecho penal operan accesoriamente como un gasto mínimo de disuasión para la detección de ilícitos, mientras que su función principal es recabar antecedentes sobre hechos y la participación de personas que revistan caracteres de delito.

4. Las medidas intrusivas en el proceso de Libre Competencia.

La introducción de las medidas intrusivas en el Decreto Ley N° 211 no es presentado como una reforma sustancial, sin embargo, su tramitación y la discusión permiten comprender su importancia en el diseño estructural del procedimiento de libre competencia chileno. Si bien en un principio es pensada como una institución autónoma y de diseño sui generis, su discusión legislativa dio paso a una regulación detallada y cuyo régimen supletorio es el Código Procesal Penal. De esta forma, se dio lugar a un Decreto Ley N° 211 con cuerpos normativos tan disimiles en su supletoriedad como el Código de Procedimiento Civil y el Código Procesal Penal.

El objetivo de dichas medidas fue reforzar las herramientas de la Fiscalía Nacional Económica por la dificultad de recabar evidencia directa (buscando potenciar la prueba). En este sentido, el Fiscal Nacional Económico expresaría en el debate legislativo, la necesidad de que, para generar incentivos para acogerse a la

delación compensada, existiera una posibilidad cierta de ser descubierto. Posteriormente, la última reforma al DL 211 buscó mejorar la tramitación, reduciendo ciertos costos administrativos, así como regular la Audiencia Única.

Respecto al diseño dogmático, ciertas características de la regulación legal son aquellos casos graves y calificados de investigación, la conducta habilitante, el doble filtro o control jurisdiccional de la medida, la ejecución, los antecedentes precisos y graves para su habilitación, la regulación de la Audiencia Única ante la Corte de Apelaciones, los supuestos de prueba ilícita, el hallazgo casual y la comunicación entre las normas supletorias del Código Procesal Penal, siendo este último elemento el más controvertido y problemático. Particularmente, la remisión al estatuto penal de la regulación de las medidas intrusivas resulta engorroso y genera muchas incertidumbres que podrían restar eficacia y entorpecer la acción de la FNE. Más allá de la regulación, su mera interpretación es compleja, al ser doblemente restrictiva, por implicar una remisión a un cuerpo normativo diverso y toda vez que su aplicación lesiona derechos fundamentales. Por tanto, resulta necesario generar un estatuto propio que contemple principios y características propias de los procedimientos administrativos, así como un modelo especial que se ajuste a las necesidades del procedimiento de libre competencia.

Por otro lado, es necesario despejar fines propios de la diligencia de entrada, registro e investigación en el procedimiento de libre competencia, lo que es plausible de obtener bajo el enfoque del Análisis Económico del Derecho. En el procedimiento de libre competencia, su introducción se justificó bajo tres ideas: la potencia de la prueba, como pilar fundamental del sistema de multas y como forma de recabar antecedentes y remitir prueba al proceso penal. En este sentido, para Cooter y Ulen, estos elementos son parte del delito económico racional, operando desde la disuasión y la internalización del delito, buscando afectar el costo marginal esperado del castigo para el delincuente.

5. Reforma Normativa.

A partir del estudio de la dogmática y una vez analizados los fines de las diligencias intrusivas en el proceso de libre competencia, es plausible plantear la

necesidad de reformas normativas. En este sentido, es posible, a través de datos duros, comprender que el período de investigación de la FNE se extiende en promedio más de dos años, lo que implica un elevado gasto de recursos para la administración.

Por otro lado, las medidas intrusivas se plantean como una alternativa en otro órgano administrativo, la Comisión para el Mercado Financiero, donde se vislumbran potenciales contingencias ante la falta de regulación supletoria.

En virtud de tales conflictos, y, considerando las propuestas de la International Competition Network o los criterios analizados a lo largo de esta investigación, se proponen tres estatutos: un estatuto de derechos al afectado de medidas intrusivas, cuya consagración sea a través de una ley general (Ley 19.880 sobre procedimiento administrativo); un estatuto general de medidas intrusivas, que sea supletorio y señale elementos o aspectos bases del procedimiento de diligencias intrusivas, resguardos que debe tener el órgano administrativo y recursos que contemple; y un estatuto especial de medidas intrusivas para el Decreto Ley N° 211. Así, el objetivo central de esta propuesta es alejarnos de la lógica procesal penal (eminentemente centrado en personas naturales), y acercarnos a los procedimientos administrativos, cuyo enfoque es dinámico, existiendo agentes o unidades más complejas que personas naturales o jurídicas. En este sentido, es una conclusión para esta investigación que, aunque el procedimiento penal y administrativo puedan mantener puntos en común, no pueden complementarse adecuadamente.

6. Las medidas intrusivas como parte del juego en la delación compensada.

Uno de los grandes tópicos del derecho sustantivo y procesal de libre competencia es la delación compensada. Sin embargo, es posible dar cuenta de ciertos errores en su estudio, particularmente desde la aproximación económica y la teoría de juegos, como la falta de análisis respecto de la variable de comunicación entre los agentes. De esta manera, las medidas intrusivas son parte del diseño, generando cambios en las decisiones de los agentes racionales, toda vez que afectan los

beneficios intrínsecos del cartel y aumentan la percepción de beneficios posibles de obtener al acogerse a la delación compensada. Por todo lo anterior, las facultades intrusivas operan tanto como una medida preventiva fuera de la lógica del cartel como dentro de la lógica del cartel, enfocándose fuertemente en desbaratar una colusión y en mantener óptimas las condiciones del mercado.

En este sentido, es necesario readecuar el estudio del Derecho Procesal, y, en particular, de las instituciones del Derecho Procesal de la Libre Competencia, más allá de la dogmática. Sólo de esta forma es posible corregir aquellos aspectos que, normativamente cumplen con el debido proceso y pretensiones de justicia, pero que no necesariamente logran cumplir con criterios de eficiencia, como demuestra ser la institución de las medidas intrusivas.

BIBLIOGRAFÍA

ACCIARI, Hugo, BARBERO, Andrea, CASTELLANO, Andrea, Tasa de interés judicial y costos sociales de los juicios por daños: un modelo de incentivos para la demora, Buenos Aires, Universidad Nacional del Sur, 2002.

ACUÑA, Paulina, Análisis de las medidas restrictiva de los derechos fundamentales en el DL 211 y en el derecho comparado. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2012.

AGOSTINI, Claudio, La colusión del papel, Santiago, Repositorio Universidad Alberto Hurtado, 2015, [En línea] <https://bit.ly/34KKIVW> [Consultado en: 11.09.2019].

AGÜERO, Francisco, Alcance y Límites de la potestad normativa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Santiago, Informe en Derecho, Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile, 2011.

AGÜERO, Francisco, TORO, Luis, Límites de la Potestad Inspectora de la Administración: el caso de la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, Universidad de Chile, Revista de Derecho Económico.

ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales (Traducción castellana de Ernesto Garzón Valdés), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ARNOLD Rainer, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, ZUÑIGA URBINA, Francisco, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Santiago, Estudios constitucionales, vol. 10, n°1, 2012. [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100003> [Consultado: 20.06.2019].

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, La restricción de los Derechos Fundamentales en las diligencias de Investigación del proceso penal y las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, México, IUS, Revista del Instituto de Ciencias

Jurídicas de Puebla, N°24, 2009, [En Línea] <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968002.pdf> [Consultado: 20.05.2019].

BOFILL GENZSH, Jorge, Informe en Derecho, de fecha 9 de mayo de 2012, causa Rol 886-2012, Corte de Apelaciones de Santiago, 2012.

BULLEMORE, Vivian Y MACKINNON, John. Curso de Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Santiago, 3ª ed. Aumentada y actualizada. Legal Publishing Chile, 2011.

CARRASCO, Nicolás, Análisis económico del Derecho de la tutela cautelar. Aplicación a la legislación civil y de quiebras en Chile, Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Económico, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011.

CARRASCO, Nicolás, El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargas informativas: una mirada desde el análisis económico del derecho, Santiago, revista chilena de derecho, vol. 44 N° 1, 2017 [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372017000100009> [Consultado: 10 marzo de 2019].

CARRASCO, Nicolás, Estándar de preponderancia de prueba en Libre Competencia: ¿Cómo entender las razones que lo fundamentan?, Santiago, VII Jornada nacional de Derecho Procesal: la prueba en los procedimientos chilenos, Universidad Católica, 2018.

CARRASCO, Nicolás, La comparación interpersonal y el derecho procesal civil. Coquimbo, Revista de derecho, Volumen 24, N° 2, [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532017000200109> [Consultado: 19.06.2019].

CARRASCO, Nicolás, La eficiencia procesal y el debido proceso, revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia N° 32, 2017, p. 447. [En Línea] <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.15> [Consultado: 5 de marzo 2019].

COASE, Ronald, El problema del Costo Social. Revista de Estudios Públicos, N° 45, 1992.

COLEMAN, Jules. Los fundamentos del bienestar. En Revista Derecho y Humanidades, (n.10), 2004.

COOTER, Robert, ULEN, Thomas, Derecho y Economía, Mexico DF, Fondo de Cultura Económica, segunda edición, 1998.

DAMASKA, Mirjan, The faces of justice and State Authority, 1986, Citado por RUIZ TAGLE, Pablo, Análisis comparado de la función judicial. Santiago, Centro de Estudios Públicos N° 39, 1990.

DAVIS, M, Introducción a la teoría de juegos, Madrid, Editorial Alianza, 1986.

DELLEPIANE, Antonio, La prueba civil, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2° edición, 1994.

DÍAZ GARCÍA, Iván, La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso N° XXXVI, 2011. [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100005> [Consultado: 14.01.2019].

DOMENECH, Gabriel, Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho, Valencia, I Seminario Interuniversitario de Metodología y Teoría del Derecho Público, 2013.

DOMPER, María de la Luz, Avilés, Víctor Manuel, Una mirada económica y jurídica al fallo Voissnet contra CTC y su impacto en el esquema de la libre competencia chileno, Santiago, Universidad Católica, Programa Económico Libertad y Desarrollo, p.327 [En Línea] <https://bit.ly/33C4Hop> [Consultado: 20 marzo de 2019].

DUCE, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. Santiago, Universidad Diego Portales.

ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal Parte Especial Tomo III. Santiago, 3ª- ed. Editorial Jurídica de Chile, 1988.

FALCONE, Diego, Apuntes sobre la formalización de la investigación desde la perspectiva del objeto del proceso penal. Coquimbo, Revista de Derecho de Coquimbo, Vol. 21 N°2, 2014. [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532014000200006> [Consultado: 05.06.2019].

FERRADA, Francisco, La prueba ilícita en el sistema procesal civil, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, 2011.

FERRER, Francisco, El debido proceso desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Palermo, Revista jurídica de la Universidad de Palermo, N° 14, 2015.

FRIEDERISZICK, Hans, MAIER-RIGAUD, Frank, Triggering inspections ex officio: moving beyond a passive EU cartel policy, Journal of Competition Law and Economics, 2007 [En línea] <http://ssrn.com/abstract=969297> [Consultado: 13.10.2019].

FUENZALIDA, Pablo, VALDERRAMA, Mario, La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿jurisdiccional o administrativa?, Santiago, Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 13, 2017.

GASCÓN, Marina, Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos, Madrid, Doxa, Vol. 28, 2005.

GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro José, La inviolabilidad del domicilio. Tecnos, Madrid, 1992.

GRUNBERG, Jorge, MONTT, Santiago, La prueba de la colusión, 2011, En: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Reflexiones sobre el derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 – 2017), Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2017.

HABERMAS, Jürgen, Teoría de la acción comunicativa I, Racionalidad de la acción y racionalización social, México, Editorial Taurus, Traducción de Manuel Jiménez Redondo, 1998.

HÉRNANDEZ, Héctor, La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno”, Santiago, Colección de Investigaciones jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, N° 2, 2005.

HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal. Madrid, Editorial de Derecho Reunidas, 1996.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Derecho Procesal Penal chileno, Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

International Competition Network, Anti-Cartel Enforcement Manual, Chapter 1: Searches raids and inspections, 2009, [En línea] <https://bit.ly/35VsaTb> [Consultado: 6.10.2019].

IRARRAZABAL, Felipe, El sistema Chileno de Defensa de la Libre Competencia, Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2010, p. 1. [En línea] <https://bit.ly/2qgHIY2> [Consultado: 10 marzo de 2019].

LANGBEIN, John, Torture and plea bargaining. Chicago, Universidad de Chicago, [En Línea] <http://cort.as/-K-ep> [Consultado: 20.06.2019].

LÓPEZ, Julián, Debido proceso en Chile: hacia un principio generador de reglas. Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Santiago, Universidad Austral de Chile, Editorial LexisNexis, 2006.

MAÑALICH, Juan Pablo, El principio Ne Bis In Ídem en el Derecho Sancionatorio chileno, Santiago, Informe en Derecho, 2014.

MATUS, Jean Pierre, POLITOFF, Sergio y RAMIREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte Especial. Santiago, 2ª-ed. Editorial Jurídica de Chile, 2014.

MENCHACA, Tomás, colusión en economías pequeñas, [Diapositivas] Santiago, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, [En Línea] http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/2010_ddcc_0004.pdf [Consultado: 24 marzo de 2019].

MERY, Rafael, Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile, Santiago, Universidad Diego Portales, 2006.

MOLINA PÉREZ, Teresa. La Diligencia de Entrada y Registro Practicada en la Instrucción. Madrid, Anuario jurídico y económico Escorialense, XLVII, 2010.

MONTT, Santiago, El tribunal de Defensa de la Libre Competencia como ente regulador del comercio: una mirada desde las políticas públicas. Santiago, Documento de Trabajo Centro de Regulación y Competencia de la Universidad de Chile, 2010.

MORALES MUÑOZ, Emilia. Diligencias de Investigación: Registro domiciliario. Cuestiones generales y consentimiento titular. Situaciones de flagrancia. Madrid, Boletín del Ministerio de Justicia, 61, N°2036, 2017. [En línea] <https://bit.ly/2IsyWpj> [Consultado: 07.04.2019].

NOGUEIRA, Humberto, Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: La Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los derechos fundamentales. Santiago, Revista Ius et Praxis, 11 (2), 2005. [En línea] <https://bit.ly/31IbTFB> [Consultado: 18.05.2019].

NUÑEZ, Raúl, El sistema de recursos procesales en el ámbito civil en un Estado democrático deliberativo, Talca, Revista Ius et Praxis, año 14, N° 1, 2008.

NÚÑEZ, Raúl, Libre Competencia y Debido Proceso, 2012. En: FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Reflexiones sobre el derecho de la Libre Competencia: Informes en Derecho solicitados por la Fiscalía Nacional Económica (2010 – 2017), Santiago, Fiscalía Nacional Económica, 2017.

NÚÑEZ, Raúl y CARRASCO, Nicolás. Análisis Económico De La Administración De Justicia: ¿La Justicia Como Bien Público O Privado? Revista chilena de derecho, vol.42, n.2, 2015, pp.595-613. [En Línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000200009> [Consultado: 10 marzo de 2019].

NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio. La prueba ilícita en las diligencias limitativas de derechos fundamentales en el proceso penal chileno. Algunos problemas. Santiago, Ius et Praxis, vol. 23 N°1 [En línea] <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/viewFile/817/472> [Consultado: 05.04.2019].

OLTRA, Ignacio, La prueba ilícita en materia de libre competencia, Valdivia, Revista de Derecho de Valdivia, Vol. XXVIII, N° 2, 2015.

OTERO LATHROP, Miguel, La policía frente al código procesal penal, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

PARDOW, Diego, "El desempeño en juicio de la FNE: ¿es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?", Coquimbo, Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Volumen 22, n° 2, 2015, [En línea] <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200014>. [Consultado 15 marzo 2019].

PELÁEZ, Gustavo, Indicios y presunciones, Colombia, Revista de facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5212322.pdf> [Consultado: 28.10.19].

PEÑA, Carlos, VARGAS, Juan Enrique, y CORREA, Jorge. El rol del Estado y el Mercado en la Justicia. Cuadernos de Análisis Jurídico. N° 42. Universidad Diego Portales. Santiago, 2001.

PIQUIMIL MARTIN, Patricia, Concepto e importancia del lugar y otros espacios relevantes para la calificación de los delitos en el código penal, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2015.

POLINSKI, Mitchell. Introducción al análisis económico del derecho, Barcelona, Ed. Ariel, 1985.

POSNER, Richard. El análisis económico del Derecho. México DF, Fondo de la Cultura Económica, 1992.

PRIETO, Carlos, El proceso y el debido proceso, Madrid, Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

RODRIGUEZ FERNANDEZ, Ricardo, La diligencia de entrada y registro como excepción al derecho fundamental de inviolabilidad domiciliario. Presupuestos y Requisitos. Madrid, Homenaje al dr. Marino Barbero Santos: in memoriam, Vol. 2, 2001. [En línea] <https://previa.uclm.es/aidp/pdf/barbero2/37.pdf> [Consultado: 20.02.2019].

ROEMER, Andrés, Introducción al análisis económico del derecho. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Fondo de la Cultura Económica, 1994.

ROMERO, Juan José, Colusión de empresas de Oxígeno: ¿Cuánta evidencia es suficiente?, Santiago, Documento de Trabajo, Centro de Libre Competencia de la Universidad Católica, 2007.

ROXIN, Claus, Sentido y límites de la pena estatal, Madrid, Editorial Reus, 1976.

SAIZ, Vicente, Sistema de delación compensada en libre competencia en Chile: Análisis crítico y propuesta de solución, Santiago, Universidad de Chile, Memoria para optar al grado de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2015.

SAMUELSON, P., NORDHAUS, W, Microeconomía, México, McGraw-Hill interamericana, 2004.

SAN CRISTÓBAL, Susana, Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil, Madrid, Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLVI, 2013, p. 41, [En línea] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4182033.pdf> [consultado: 20 febrero 2019].

SAN MARTÍN CARRASCO, Martín, Las medidas cautelares reales en sede preliminar: la incautación, Buenos Aires, Ius et veritas 19, [En Línea] <https://bit.ly/2I3mAVH> [Consultado: 13.05.2019].

SANTIAGO RESOLA, Rocío, De las diligencias de investigación en sede instructora limitativas de los Derechos Fundamentales y especial mención al principio de proporcionalidad. Santiago, Derecho & Perspectiva, Nuevo Derecho: Creare Scientia in Ius, [En Línea] <https://bit.ly/2HY6gq4> [Consultado: 20.05.2019].

SILVA, Manuel, Diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales o intrusivas otorgadas a la Fiscalía Nacional Económica, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas, año 4, N° 7, 2015.

SILVA, Valentín, La prueba procesal, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.

TAPIA, Javier, CORDERO, Luis, La revisión judicial de las decisiones regulatorias, Santiago, Centro de Estudio Públicos, N° 139, 2015.

VELOZO, Javier, GONZÁLEZ, Daniela, Reflexiones en torno a algunas de las facultades extrajurisdiccionales del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, En: TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, La Libre Competencia en el Chile del Bicentenario, Santiago, Thomson Reuters Puntotex, 2011.